

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係（三）

——ドイツ相隣法の考察——

秋 山 靖 浩

〈目次〉

序論

第一節 日本法における問題状況

第二節 問題意識と検討対象

本論 ドイツ法

第一節 関連規定の概観

第二節 B G B 九〇六条の機能

一 所有者間の利益の調整

二 国土整備に対する機能

三 B G B 九〇六条の限界

第三節 民法上の請求権と都市計画との関係

一 序論——問題点の確認および検討の視点

二 判例

三 学説における議論

1 学説の概要

2 根本的な対立点——パピアーとハーゲンとの論争から——

3 学説の展開

4 考察

四 小括

第四節 ドイツ法の総括

結び——日本法への示唆も兼ねて——

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係（三）（秋山）

本論 ドイツ法

第三節 民法上の請求権と都市計画との関係

三 学説における議論

学説においては、テニスコート判決（Ⅱ判決^⑩）を契機として活発な議論が展開されようになった。この議論の詳細な分析に入る前に、まず、学説全体の見取図を把握しておくことが理解のために有益であろう。そこで、最初に学説の概要をおおまかに眺めた上で（下記1）、その代表的な見解とそれをめぐる論点について詳しく検討していくことにしたい（下記2以下）。

1 学説の概要

(1) 基本的なスタンス——「複線性テーゼ」

まず、以下の諸学説に共通する基本的なスタンスを確認しておこ⁽¹⁾う。

既に見たように、バルトゥルシュペルガーとシャップは、その論拠こそ異なっているが、建設計画法との関係

で九〇六条ないし相隣私法の適用が排除されると主張していた。このような見解に立てば、土地利用紛争について判断を下す公法上の行為——ここではBプラン策定——が存在する場合にはそもそも一〇〇四条および九〇六条は適用されず（あるいはそもそも相隣私法の適用領域ではなく）、したがって、同条に基づく民法上の防御請求権も排除されることになる。しかしながら、このような帰結が一般的に支持されていないことは、前述の通りである。そして、むしろ建設計画法と相隣私法との並存を前提として両者相互の関係付けをどのように図っていくのが、学説の関心事とされている（以上については本論第二節三・四参照）。

したがって、以下の学説は、相隣私法と相隣公法とが同時に適用されうることを前提として展開されている。これはしばしば「複線性テーゼ」などと呼ばれ、学説における基本的な考えを示すものである。もっとも、このような「複線性テーゼ」はあくまで基本的なスタンスにすぎず、その中には大きな対立が生じている。すなわち、相隣私法と相隣公法との関係について、文字通りの「複線性」が維持されるのか（絶対的な「複線性」）、それとも、一定の範囲においてはこの「複線性」が制限されることになるのか（相対的な「複線性」）、という争いである。

(2) 概観

続いて、学説の状況を概観すればおよそ以下のようになる。⁽²⁾

(a) テニスコート判決に対する対応

テニスコート判決（＝判決¹⁰⁾）以前にもこの論点について言及する文献はいくつかあったが、論点に即した形で具体的かつ詳細に検討が行われるようになったのはテニスコート判決の後である。テニスコート判決に対する対応として特に目立つのは、判例の基本的な考え（上記二・二参照）に対する厳しい批判であり、特に公法の陣営から主

張されていた。例えば、ヨーレンは以下のように指摘している。

「その効力につき誰からも疑われないような法的拘束力あるBプランの指定に基づいて侵害施設——その指定通りの利用は禁止されることとなった——が建設された、という（本件テニスコート判決の：筆者注）事情に、ここで言及される相隣私法関係の枠内においていかなる意味が与えられたのか、これが検討されるべきである。そして、連邦通常裁判所によって呼び起こされたジレンマが、この問題を考察するための誘因を与えてくれる。民事裁判所の判決によれば、建築主は、法的に確定された建設許可に基づきかつ法的拘束力あるBプランの指定に従って建設した建築施設を、決定された通りに利用できない。市民にとって統一されたものとみなされる法秩序の一方が建築主にまさに付与したものが、その法秩序の他方によってこの建築主から剝奪されてしまうのである⁽⁴⁾」。

このような指摘は、判例に対する批判の核心を良く示している。判例の考えに依拠した場合、イミッシオン被害を受けた隣人としては、民法上の防御権を行使することによって建築主の——都市計画上許容されかつ建設許可を受けた——建設を阻止できることになる。しかし、かかる帰結には主として二つの問題点がある⁽⁵⁾。第一に、建築主としては、BLプランおよび建設許可を通じて確保されるはずの法的安定性と投資の保証が、相隣私法によって再度奪われる事態となってしまう。第二に、とりわけ問題視されているのは、BLプランの下した計画判断が民法上の手段によって覆されてしまうことである。この結果、建設法典に基づきBLプランに課された任務（「発展の任務」と称される⁽⁶⁾）が果たされないことになる。そして、このことは、市町村に付与された計画高権ないし計画上の形成の自由を揺るがすことにもなりかねない。

そこで、判例の考えを批判する論者達は、Bプランにおける指定の内容を民法上の請求権の判断に反映させるこ

とを意図している。もっとも、解釈としては以下の二つのアプローチが提案されている。第一のアプローチは、Bプランの法的効力を出発点とする。すなわち、Bプランの法的効力を分析することを通じ、かかる効力の結果として、民法上の妨害排除請求権および不作為請求権が排除されると説く。具体的には、有効に策定されたBプランが隣人の受忍義務を根拠付ける（一〇〇四条二項）、⁽⁷⁾というのである。他方、第二のアプローチは、Bプランの指定の内容を九〇六条の「場所的慣行性」要件と結び付けている。場所的慣行と評価されるのは、判例の言うような、ある利用が既に現実にたびたび存在している場合だけではない。Bプランもその地域の性格を決定しており、したがって、かかるBプランを考慮するとある利用がその近隣と調和していると評価されるならば、当該利用も場所的慣行である、と主張している。⁽⁸⁾

しかしながら、以上のような見解が徐々に広まりつつあると言われる⁽⁹⁾にもかかわらず、主として民法側の論者においては、依然として判例の考えを支持する見解も多く存在している。⁽¹⁰⁾

結局のところ、現在においても依然として、学説の中では一致した見解が見られないのが現状であると言える。

(b) 二つの展開

ところで、テニスコート判決以後のこのような学説状況の中では、二つの興味深い展開がなされてきた。

第一の展開は、テニスコート判決後しばらくして行われた、パピアーとハーゲンとの論争である。パピアーは、判例を批判する第一のアプローチから、民法上の防御請求権とBプランとの関係について詳細な検討を行った。⁽¹¹⁾その後、続く論者のほとんどがパピアーの論拠を引用しており、彼は判例を批判する代表的な論者の一人と言えよ

う。これに対してハーゲン⁽¹²⁾は、基本的に判例の考えを擁護する立場に立った上で、パピアーの主張する諸論拠に対して鋭い批判を加えた。そして、その後も、両者は反論・再反論を提示するに至っている。

第二の展開は、上記論争とも並行して見出されるところだが、Bプランの指定内容に沿う形で民法上の防御請求権を解釈しようとする傾向である。ハーゲンははじめとする一部の論者は、基本的に判例の考えに依拠しつつも、九〇六条の解釈と建設計画法の論理とを接合させようと試みている。そして、結論的には、判例を批判する第二のアプローチに接近してきている。他方、パピアーは、Bプランにおける指定が優先することを原則として主張している——その意味では当初から民法上の防御請求権の成否をBプランの内容に従属させていた——が、それを無条件に貫徹させているわけではない。そこには既に、一定の妥協的な解決手法も示されていた。

(3) 本稿における検討

ここまで学説の概要を眺めてきたが、相隣関係における調整の論理と都市計画との関係を探るといふ本稿の目的からすると、上述の二つの展開が考察に値すると思われる。それは以下の意味においてである。

まず、第一の展開においては、相隣関係における調整の論理と都市計画との関係について、両者を接続させる見解と独立させる見解とが鋭く論争を展開している。この論争からは、両見解の基礎となっている考え方を確認できると共に、両見解においてなぜ考え方に根本的な相違が生じているのかを読み取ることができると思われる。そこで、最初に、学説の基礎となっている考え方の根本的な対立点を説明することとしたい(下記2)。

次に、第二の展開においては、上のような根本的な対立があるにもかかわらず、相隣関係における調整の論理と都市計画との連携とでも言うべき道が模索されている。そして、判例を批判する見解だけにとどまらず、判例を基

本的に支持する見解からもこのような連携の道が目指されていることは、極めて興味深い動向であると言えよう。そこで、かかる動向をめぐる論者の見解を分析することを通じて、なぜ両者の連携が必要とされるのか、その連携をいかにして説得力ある形で正当化しているのか、この点を明らかにしたい。とりわけ本稿の問題意識からすれば、連携を承認するために働いている諸条件を抽出することが重要となろう。また、このような考察を試みることは、その反面として、連携が正当化されない場面——したがってBプランとは無関係に民法上の防御請求権を解釈すべき場面——をも明らかにしてくれるであろう（下記3および4）。

したがって、本稿では、多岐に渡る学説の議論を以上の二つの展開に即して整理し、考察を進めていくこととしたい。⁽¹³⁾

2 根本的な対立点——パピアーとハーゲンとの論争から——

ここでは、判例の考えを批判する立場と支持する立場それぞれの代表とも言える、パピアーとハーゲンの見解に目を向けよう。

パピアーの見解の基礎となっているのは、有効に策定されたBプランが（準）私法形成効・遮断効・集中効を備えているとの認識である。それゆえ、かかるBプランに適合した利用については、それが隣人に対して九〇六条の意味における侵害をもたらしているとしても、隣人は一〇〇四条および九〇六条に基づく妨害排除請求権・不作為請求権を行使できない。なぜなら、有効なBプランは、計画に合致した利用に関して、隣人に一〇〇四条二項の受忍義務を課しているからである。⁽¹⁴⁾

このように、パピアーはBプランの効力に着目して結論を導いているわけだが、争点になっているのはまさに、かかる効力がなぜ認められるのである。パピアーはいくつかの論拠を示したが、これに対しては、ハーゲンから鋭い批判と新たな問題点が提起されるに至っている。

そこで、ここでは、両者の間での論争をそれぞれ分析することを通じて、学説における根本的な対立点を確認することとしたい。なお、いくつかの留保がある。一つには、以上のような目的のため、ここでは対立点ごとに両者の見解を対比して検討するという手法を用いる。もう一つに、パピアーとハーゲンは、以下で見るような根本的な対立点を境として対立しているものの、そこには妥協的な内容も含まれており、自己の見解を完全に徹底させているわけではない。しかし、学説における根本的な対立点を探るといふ目的から、ここでは両者が対立する場面に絞って分析することとしたい。⁽¹⁵⁾

(1) B Lプラン策定における衡量の意義・射程

パピアーは、B Lプラン策定に際して行われる衡量の意義と射程を主たる論拠として、Bプランの私法形成効果を認めようとしている。まず、この点についてのパピアーの主張とそれに対するハーゲンの批判を見ておこう。

(a) パピアーの指摘

パピアーによれば、上述のBプランの効力を認めるに際しては、以下の二点が主たる論拠であるという。

第一の——やや形式的な——論拠は、Bプランの法解釈上の根拠である。⁽¹⁶⁾

Bプランは、都市建設上の発展および秩序に関する法的拘束力を伴った指定を、その内容として含むものである。それゆえ、Bプランは、市町村により条例の形式で議決されなければならない(建設法典一〇条)ため、規範

としての性質を備えていることになる。

そうすると、かかるBプランの指定が相隣私法関係において何ら効力を認められない、という判例の態度には疑問がある。そもそも、民法が所有権を保護するとはいっても、それは所有権に関する法律上の内容規定および限界規定を通じて決定された枠内のことにすぎない。所有者の権限も、法律に反しない限りで存在しているのである（九〇三条）。そして、所有者は、第三者の発生させた作用といえども、それを受忍するよう法律上で義務付けられている場合には受忍しなければならぬ（二〇〇四条二項）。ところで、ここで言う「法律」とは、あらゆる法規範を指している（民法典施行法⁽¹⁷⁾二条）。したがって、条例という形でBプランの指定もこの「法律」に該当し、所有者の受忍義務の根拠となりうる。

その際、Bプランが公法上の規範としての性格を有していることは、何ら問題とならない。なぜなら、公法規範であっても、所有権の内容と限界を規定する規範に属するとされているからである。⁽¹⁸⁾ このことは、基本法一四条に基づく憲法上の所有権保護に照らしても妥当である。というのも、基本法一四条一項二文は「（所有権の…筆者注）内容と限界は法律によって規定される」として法律の留保を定めているところ、ここでは、連邦憲法裁判所が強調しているように、⁽¹⁹⁾ 私法規範と公法規範とが「同格に gleichrangig」所有権の内容と限界を決定すると解釈されているからである。

第二の——より重要と思われる——論拠は、BLプラン策定の際になされる計画衡量の内容と範囲である。⁽²⁰⁾

BLプランの策定に際しては、公益と私益が相互に適正に衡量されなければならない（連邦建設法一条七項：現行建設法典一条六項）。かかる衡量過程の特徴は、「多極性・多次元性」である。既にやや詳しく述べておいたように、

衡量に際しては、都市建設上の発展・秩序に対する計画主体の公益、建築主の私益だけでなく、さらには隣人の私益も、衡量過程に取り込まれているのである。したがって、計画上での衡量は、国家対市民（ここでは建築主）間の紛争だけでなく、近隣空間における秩序および利用に関する（建築主対隣人間の）紛争についても判断を下さなければならぬ。つまり、ここで問題となっているのは、建築主の私的な発展利益と計画主体の公的な空間発展・空間秩序に対する利益とを適正に調整することだけでなく、当該空間に対する様々な私的な利用利益間でも適正な調整を行うことである。⁽²¹⁾ また、ここでの衡量が市町村による「形成的な」判断を意味していることも、前述の通りである（以上について詳しくは本論第二節三2(c)参照）。そして、このようにして公益と私益が適正に衡量されて初めて、所有者の相隣的な私益についても法的に異議のない形で計画上で処理がなされうることになる。⁽²²⁾

ここで重要なのは、Bプランにおける「衡量対象・判断対象・規律効果」を一致させるべきとの認識である。Bプランが隣人の利益を衡量の対象に含めたにもかかわらず、それが計画判断の対象とされずそれゆえに規律の効果も生じない（つまり隣人の受忍義務を根拠付けない）といった処理の仕方——パピアーの言う「過剰な衡量」という事態——は、何ら根拠がない。むしろ、この三つの要素が完全に合致することを前提とすべきである。したがって、「衡量の対象となったものが、計画判断の種類と範囲を決定し、それと共にBプランの効力の範囲をも決する」のである。

以上の点を合わせて考えるならば、衡量原則を満たした有効なBプランは、都市建設上の発展の秩序に関して判断を下すと同時に、相隣紛争を規範的に処理し、相隣法——すなわち相隣私法と相隣公法——のより詳細な形成に關しても判断を行っているとして理解される。したがって、九〇六条との関係は以下になる。確かに九〇六条で

は相隣法上の一般的な利益調整が行われているが、この一般的な利益調整も、Bプランにおける相隣法関係の特別な形成の留保の下で通用しているにすぎない。その意味で、Bプランは、九〇六条の一般的な相隣法規定に覆い被さりないしは修正を施しているのである。⁽²³⁾ それゆえ、法的に瑕疵のない有効な計画による指定には、以下の効力が付与されることになる。すなわち、計画に指定された施設・起業案・設備およびそれらの規定通りの利用を、隣人が原則として受忍しなければならない、という効力である。

結局、このような論拠から、パピアーの見解は以下のようにまとめられよう。衡量原則を遵守して有効に策定されたBプランには、私人間の相隣紛争についても規範的かつ特別に判断を下していることを理由として、民法上の防衛請求権を排除する効力が付与される。Bプランは、いわば「九〇六条に基づく利益調整を先取りしたもの」とみなされるのである。⁽²⁴⁾ そして、その際の解釈の構成としては、有効なBプランの指定に合致した土地利用とそこから生ずるイミッシオンについて、当該Bプランが隣人に対する特別な——つまり九〇六条を越える規範的な——受忍義務を課している（一〇〇四条二項）、と理解される。⁽²⁵⁾ したがって、隣人はかかるイミッシオンに対して妨害排除請求権および不作為請求権を行使することができない、ということになる。

(b) ハーゲンからの批判

ハーゲンは、パピアーの論拠それぞれに対して批判を加えている。

第一の論拠について、ハーゲンは以下のように述べている。⁽²⁶⁾

パピアーが述べているように、Bプランが所有権に対する実体法上の内容規定・制限規定であること、および、計画による指定が現実には広く所有権配分的に作用していることは、連邦通常裁判所の確立した判例⁽²⁷⁾が認めるとこ

ろである。しかし、以上のことが認められるとしても、「Bプランの規律内容がいかなる範囲にまで及ぶのか、特に私法上の隣人保護に覆い被さりこれを修正するのか」については、依然として何も語られていない。決定的な問題は残されたままである。

そして、この点については、隣人の防御請求権を明確に排除もしくは制限する規定が建設法典（およびそれ以前の連邦建設法）のどこにも含まれていない以上、それにもかかわらずこのような排除効を主張する者が「論証の責任」を負っている。建設法典一条によれば、確かにBLプラン策定時における公益と私益との衡量が定められている（同条六項）が、民法上の請求権を排除する旨の条項は欠けている。排除効を明文で指示する連邦イミッシォーン防止法一四条とは対照的な姿である。いずれにせよ、この建設法典一条六項に一層広範な重要性を与えようとするのであれば、建設法典の導入の際にこの条文をもつと明確に起草することが当然に考えられたであろう。しかし、このような対応はなされなかった。⁽²⁸⁾結局、関連する法律の文言を眺めてみても、Bプランが相隣私法上の防御請求権を排除できるという手がかりは見当たらない。

第二の論拠について、ハーゲンは以下の三つの点で「建設計画法の構造的弱点」を指摘している。⁽²⁹⁾

その一は、「建設計画法は、小規模な相隣空間における具体的な土地の隣人の諸利益を衡量し調整することを狙ったものではない」ということである。

FプランおよびBプランは原則として、市町村の全域における都市建設上の発展を、しかも市町村の予見可能な要請に基づいて規律するものである。⁽³⁰⁾そして、隣接する市町村のBLプランは、相互に調整されるべきものともされている（建設法典一条二項）。このようなBLプランの意義からすれば、たいいていのBプランには、「小規模の相

隣空間における具体的な被害の予測を可能としうるほどの、あるいはかかる予測を単に可能とするであろうほどの」具体性を伴った指定は含まれていない。

また、建設法典一条六項に基づく衡量の際には、同条五項一号乃至一九号に掲げられた公益全ても共に衡量されることになっているため、そこで行われる衡量は一括的 *pauschal* に行われうるにすぎない。⁽³¹⁾ここでは、小規模の相隣空間における私益によって微調整を行うということは通常不可能であり意図されておらず、事実上も行われていない。

その二は、より具体的に、スポーツ施設を例として、建築利用令に基づく建築地区の指定だけでは衡量が不十分であることを指摘する。

そもそも隣人の利益が保護を要するかどうかを判断する際には、この利益に対してどの程度の侵害が将来発生するかを確定する必要がある。そのためには、個々の土地における将来の利用の具体的な種類、特に個々の建造物や施設の空間配置や建築形態を把握することが重要である。ところが、BLプランにおいては、建築利用令に基づく建築地区の指定だけを行った場合でも、同令の要件の下でスポーツ施設の建設が許されている地区(例えば混合地区や特別住居地区)であれば、当該スポーツ施設は建設計画法上許容される⁽³²⁾。したがって、Bプラン策定における衡量の時点では、Bプランがスポーツ施設の建設それ自体を指定しておく必要はないし、さらに個別的に施設の配置や形態まで指定する必要もない。

しかしながら、このような指定を行う必要がないということは、「将来見込まれうる騒音被害を予測するための基礎が全く欠如していること」にもなりかねない。それゆえ、計画により侵害を受ける(であろう)者の私益が保

護を要するかどうかも、衡量の時点では依然として具体的に評価できず、衡量もできないことになる。したがって、建築地区の指定の際に公益と私益が一般的に衡量されたからといって、小規模の空間における相隣法上の利益調整についても判断がなされうるわけではない、というのである。

その三は、たとえ個々の事例において計画・予測・指定が具体的に行われたとしても、なお「予測リスク」を回避できないことである。計画が将来の予測に依拠している以上、その予測が事後になって誤っていると判明する事態は当然に考えられるであろう。この点は別の論点として捉えることができるので、下記(3)の所で詳しく見ていくことにしたい。

(c) 対立点

結局、Bプランが所有権の内容・限界を規定していることについては共通の認識が示されているものの、BLプランの策定における衡量の意義と射程については認識に相当の開きが見られる。

この相違点をまとめれば、おおよそ二つの点に示されるであろう。一つは、土地所有者間の私益も衡量に含められることは理解できる——この点ではパピアの論拠も正しいといえよう——としても、その衡量が相隣紛争の適切な解決のために十分なものと評価できるかどうか。ハーゲンは、Bプランの対象が相隣空間ではないこと、利益の衡量が一括的に行われるにすぎないこと、建築地区の指定しかなされない場合には利益の具体的な評価がなされていないことなどを指摘して、この点に衡量の射程の限界が見出されることを示した。もう一つは、仮に衡量が具体的に行われたとしても「予測リスク」の問題は常に残されており、これをどのように処理するのか。下記(3)で後述するように、ハーゲンは民法上の防御請求権を残して、これを「予測リスク」への対応策と位置付けている。そ

の意味では、衡量の次元だけでは処理できない問題として捉えていると言えよう。

(2) 計画法上の適法性とイミッシオン防止法上の適法性との関係

ところで、ハーゲンは、別の観点からもパピアーの見解を批判している。すなわち、公法上でBプランに一般的に認められている効力と照らし合わせるならば、相隣私法の領域でBプランに私法形成効を認めることは「矛盾」を生じさせる、というのである。そこで、次に、この点に関するハーゲンの問題提起とパピアーの反論を見ていくことにしよう。

(a) ハーゲンの問題提起

ハーゲンによれば、イミッシオンの適法性については、もっぱらイミッシオン防止に関する法規範に基づいて判断されるべきであるという。⁽³³⁾ 彼は以下のように述べる。

ある施設がBプランの指定に合致していても、それだけではイミッシオン防止の観点をクリアーしたことはない。

連邦イミッシオン防止法四条以下の要許可施設については、同法の許可が付与されるためには、さらに施設事業者に対する同法上の特別な義務の履行が保証されていなければならない(同法六条一項⁽³⁴⁾)。しかも、許可が付与されると相隣私法上の請求権は防止措置請求権もしくは損害賠償請求権に限定される(同法一四条)ため、許可手続に際しては、施設計画の公示、第三者の異議申立権、申立られた異議についての関係者による審議などが行われることとされている(同法一〇条⁽³⁵⁾)。

また、同法上の許可義務を負わない施設については、このような許可手続こそないものの、同法二二条一項に基

づき、「技術水準からして回避可能な有害な環境作用が防止され」（二号）、「技術水準からして回避可能な有害な環境作用が最低限に削減され」（二号）、「施設の操業の際に生ずる廃棄物が適切に処理されうる」（三号）ように、当該施設が建設・操業されなければならないとされている。そして、管轄官庁は、これらの義務を履行させるために必要な命令を発することができる（同法二四条）。

したがって、Bプランの指定と合致しているだけで直ちに、当該施設が「イミッション防止法上異議なし [Unbedenklichkeit]」との評価が導かれるわけではない。それにもかかわらず、Bプランが相隣私法の領域ではイミッションに対する防御請求権を排除できるというのでは、「Bプランが公法の領域で果たしうることを越えているのではないか。つまり、パピアーのようにBプランに私法形成効を認めた場合を考えてみると、民法上の防御請求権はBプランにより排除されることになる。これに対して、相隣公法・イミッション防止公法上の諸権限（例えば上述の許可不要施設に対する管轄官庁の介入など）³⁶については、イミッション防止公法を通じて当該イミッションの適法性判断がなされる——そしてそこで違法と評価された場合に初めて行政の介入が認められる——のであって、Bプランにおける判断はそこに何ら影響を及ぼしていない。なぜ前者の相隣私法の領域だけBプランにかかる効力まで認められるのか。

以上のように、ハーゲンは、イミッション排出施設の計画法上での適法性が当該施設のイミッション防止法上での適法性と直結するわけではない、と理解している。そして、Bプランにパピアーの言うような私法形成効を認めてしまうと、Bプランの効力について、相隣私法と相隣公法の領域とでは上述のような「矛盾」が生じてしまう。したがって、パピアーなどBプランに私法形成効を認めようとする論者達は、かかる「矛盾」について説得力

ある説明をしなければならない、というのである。

(b) パピアーからの応答

パピアーも、ハーゲンと同様の認識を示す。すなわち、建設起業案がBプランに適合していても、それだけでイミッシオン防止公法上も適法とされるわけではない。したがって、Bプランは、当該建設起業案が公法規定全体——とりわけイミッシオン防止公法——に違反していないことを高権的に確定することはできない。そして、公法に関してさえBプランにはかかる効力しか認められていないのだから、この効力が相隣私法において拡張される(つまり民法上の防衛請求権を排除する)ということはあるまいであろう、としている。⁽³⁷⁾

しかしながら、パピアーは、法規範上はそうだとしても、やはりBプランには「公法の地平においても決定的な意義」が与えられており、ハーゲンの言う「矛盾」は誇張されすぎている、と反論する。そして、パピアーは、連邦イミッシオン防止法上の許可を要しない施設に関して、おおよそ以下のように述べている。⁽³⁸⁾なお、前述の通り、許可不要施設の事業者も、同法上の固有の義務として「有害な環境作用」を排出してはならない。また、ここで言う「有害な環境作用」とは、「種類・程度・期間からして、大衆もしくは近隣に対する危険、重大な不利益、もしくは重大な負荷を引き起こすことになるイミッシオン」(同法三条一項)である。

まず、Bプランの指定に従った起業案が公衆もしくは近隣に対して(例えば健康上の)「危険」をもたらしている場合には、当該起業案は——同法二五条二項⁽³⁹⁾の他の要件を満たす限りで——全部もしくは一部が禁止される。また、このような指定を行ったBプランは、衡量原則違反を理由に無効とされるであろう。なぜなら、このような危険を生じさせるということは、空間秩序をめぐる紛争をBプランの中で処理していなかったと評価されるからで

ある。⁽⁴⁰⁾したがって、かかる場合には、当該起業案に関して、計画上の判断とイミッシオン法上の許容判断とが矛盾を来すことはない。

次に、Bプランの指定に従った起業案が「重大な不利益・負荷」をもたらすにすぎない場合については、これだけの事情ではBプランを違法と評価することはできない。というのも、この「重大性」というのは、「期待不可能性」——これが肯定されると法的には「収用」と評価される——の前段階にすぎないからである。⁽⁴¹⁾しかし、ここで重要なのは、「重大性」や「期待可能性」というのが、基礎となっている（有効な）Bプランに基づいて決定的に判断される」ということである。つまり、Bプランの中で当該地区の性格や排出施設の利用に関して指定が行われている場合には、収用に至る前段階において個々人が受忍するよう期待されるべきイミッシオンの基準も、かかるBプランの指定を通じて相当程度決定されている、というのである。そうであれば、ある利用が計画に適合して行われている限り、そこからイミッシオンが生じていても、連邦イミッシオン防止法の意味における「重大性」や「有害な環境作用」といった評価は通常排斥されることになる。⁽⁴²⁾これらは既に計画の中に織り込まれて処理されていたからである。

このようにして、パピアーは、ある利用についての「計画適合性」が——法的にはそうでないとしても實際上では——しばしば「その他の観点に基づく公法（特にイミッシオン防止法）上の適法性」をも包含している、と理解しているのである。したがって、イミッシオン防止法に基づく行政法上の隣人保護（例えば連邦イミッシオン防止法二二条以下に基づく管轄官庁の介入）に際しても、Bプランとの適合性がイミッシオン防止法上の適法性をも内包しているがゆえに、Bプランの指定を無視することはできない。そして、このような理解によれば、公法上の

隣人保護もBプランを通じて決定的に形成されることになるから、ハーゲンの言うような「矛盾」は起こりえないことになる。

(c) 対立点

上で見たように、Bプランに公法上で承認されている以上の効力を相隣私法との関係で認めることはできない、という点では共通の理解が得られている。見解が分かれるのは、Bプランにそもそも公法上でどのような効力が認められるのかである。

この点をめぐっては、計画への適合性とイミッシオン防止法上の適法性とがどのように関係付けられるかが、争いの対象となっている。つまり、ある土地利用がBプランに適合していること（つまり計画法上では適法であること）が、イミッシオン防止法の観点における適法性評価を含んでいるのかどうか。ハーゲンは、連邦イミッシオン防止法上の固有の義務を根拠に、計画適合性がイミッシオン防止法上の適法性評価を含まないとする。これに対して、パピアーは、連邦イミッシオン防止法からすれば計画適合性とイミッシオン防止法上の適法性とが別物であることを前提としつつも、Bプランの指定が実質的に「重大性」や「期待可能性」の判断基準となっていることに鑑みて、この問題を肯定している。⁽⁴³⁾

(3) 「予測リスク」への対応

さらに、ハーゲンは、私法形成効を明文により備えたその他の判断——連邦イミッシオン防止法上の（要許可施設に対する）許可や計画確定決定など——とも比較を試みることで、パピアーの見解を批判している。この点は、Bプランの策定時になされる将来のイミッシオン予測が事後になって誤っていると判明した場合、すなわち「予

測リスク」の問題とも密接に関連している。ハーゲンの指摘から見えていくことにしよう。

(a) ハーゲンの指摘

たとえ個々の事例においてBプランにおける計画化・予測・指定が具体的に行われたとしても、なお「予測リスク」は回避できない。問題は、この「予測リスク」に対してどのような対応がなされるべきかである。パピアーの如くBプランに私法形成効を認めた場合には、民法上の防衛請求権が排除される結果、隣人は公法上の手段しか用いることができないことになろう。果たしてこのような帰結で良いのか。

まず、ハーゲンは、そもそもかかる「予測リスク」を市民に負担させる根拠はない、という。

騒音その他の諸作用によってどのような侵害が近隣に生ずることになるかは、計画官庁による計画手続の中で「予測」という形で行われる。ところが、潜在的に被害者となりうる市民は、このような計画過程と「縁遠くかつ無力に *fern und hilflos*」対峙しているにすぎない。そして、かかる計画段階においては、市民が計画官庁よりも賢明である必要はないし、賢明でいることもできないから、市民が計画過程に影響を及ぼす可能性はほとんどありえないことになる。そうである以上、計画段階では依然として不明確で遠い危険がその後⁽⁴⁴⁾に現実化して具体的な侵害を引き起こした場合に、このような計画上のリスクを市民に負わせる内的根拠は全くない。むしろ、このような場合に、まさに民法上でのイミッシェン防止が始まるのであり、その意味では、「民法上の隣人保護が公法におけるこのような構造的弱点を埋め合せている」ことになる⁽⁴⁴⁾。

次に、以上の、「予測リスク」を市民に負担させるべきでないというハーゲンの主張は、計画確定決定や連邦イミッシェン防止法上の許可の場合と比べることで、一層鮮明になる。というのも、Bプランに私法形成効を認め

てしまうと、これらの場合と比べて、被害者たる隣人の地位をより悪化させることになるからである。具体的に見よう。

計画確定決定——その典型例としてしばしば遠距離道路の計画確定決定が挙げられる——に関する法には公法上の隣人保護のために柔軟な手段が用意されているのに対して、Bプランにおいてはそうではないという。⁽⁴⁵⁾

計画確定決定に際しては、隣地の利用者を危険や重大な不利益・負荷から保護するために必要な施設を建設・維持することが、当該起業案の主体に課されることがある（行政手続法七四条二項二文）。そして、かかる施設が実行不可能な場合あるいは当該起業案と両立しえない場合には、被害者はそれに代わって適切な補償を求めることができる（同三文）。したがって、隣地に対して重大な作用が生じうる場合、収用と評価される段階に至っていないとしても、この作用は物的・有形的な防止措置によって除去・軽減され、あるいは財産的な補償の給付によって穴埋めされている。

ここで重要なのは、計画確定決定が不可争になった後でもかかる防止措置あるいは補償が認められていることである。計画確定決定が不可争になった場合には、原則として、起業案の不作為、施設の排除もしくは変更、施設の利用の不作為などを請求することはできなくなる（同法七五条二項一文）。しかしながら、「計画が不可争となった後に初めて、当該起業案から、もしくは確定された計画に対応する施設から、他人の権利に対する予測できない作用が生じた場合」——つまり「予測リスク」が現実化した場合——であっても、被害者は上述の防止措置もしくは補償を請求できるとされている（同二文および四文）。

ところが、Bプランにおいてはせいぜい、イミッシオンに対する防護用地および防止施設・防止措置のための

指定がなされるにすぎない(建設法典九条一項二四号)。したがって、物的・有形的な形で隣人保護に配慮しているにすぎず、被害者たる隣人に補償を行う——しかも収用に至らない段階で補償の可能性を認める——ことは、Bプランでは予定されていないのである。⁴⁶⁾

連邦イミッシオン防止法上の許可についても、同様の事情が見られる。⁴⁷⁾

同法一七条によれば、同法上の要許可施設について許可を付与した後であっても、「公衆もしくは近隣が、有害な環境作用もしくはその他の危険、重大な不利益もしくは重大な負荷から十分に保護されていないことが確認された場合」には、管轄官庁は事後的に防止命令を発しなければならない(二項)。そして、この防止命令が経済的に不相当な場合や技術的に困難な場合は、命令の発布に代わって許可の全部もしくは一部の取消がなされる(二二項)。ところが、計画確定決定の場合と同様に、建設計画法にはこれに匹敵するような留保条項が欠けている。したがって、「予測リスク」に対して十分な対応がなされていない。

このように、計画確定決定や連邦イミッシオン防止法上の許可など、明文で私法形成効が認められている場合には、個別法において「予測リスク」に対する公法上での対応がなされている。しかし、Bプランおよびそれを規律する建設計画法の領域においてはそうではない。仮にこのような相違を前提としてBプランに私法形成効が認められたならば、「予測リスク」に対する隣人の負担は、計画確定決定や連邦イミッシオン防止法上の許可の場合と比較してかなり大きなものとなる。そもそも、市民(ここでは隣人)にかかる「予測リスク」を負担させる根拠も乏しい。そこで、ハーゲンは、「予測リスク」への対応の相違とそれに伴う隣人の負担を論拠として、Bプランに私法形成効を認めることに疑問を呈したのである。そして、後述するように、民法上でのイミッシオン防止

は、「予測リスク」に対する（公法上での）このような不十分な対応をまさに「穴埋め」するものとして理解されている（下記3(3)(b)のハーゲンの見解を参照）。

(b) パピアーからの反論

パピアーは、計画確定決定に関する法との比較について、以下のようにごく簡単にのみ反論している。⁽⁴⁸⁾

計画確定決定法とのこのような違いを指摘したとしても、相隣私法関係に関してBプランに（私法形成効とは）異なった規制力や効力を認めることを正当化することはできないし、またその必要もない。なぜなら、民法上の防御請求権を遮断する効力というのは、ある作用が取用と評価される段階以前での補償の可能性を前提としてはいいからである。そもそも、計画確定決定に関する法の中で、かかる補償の可能性が一貫して定められているわけではない。したがって、「かかる補償の可能性を導入し規律することは、この点について憲法によっても何らかの「体系指示」によっても拘束されないところの、立法者の形成の余地に委ねられている」。⁽⁴⁹⁾

この点については、パピアーと同陣営に属するクラインラインが、やや詳細な説明をしている。⁽⁴⁹⁾

クラインラインによれば、上述の補償の可能性が被害者に認められるのは、期待可能性の限界——計画により侵害を被る者に対してはや期待しえない不利益作用の限界——を被害者に有利にずらしたからではない。むしろ、さもなくば不可避免的に講じられるべき防止措置（あるいは法定の正式な取用）を差し控えるために、補償という手段の可能性を官公庁に与えたにすぎない。⁽⁵⁰⁾ したがって、かかる「紛争処理の追加的な可能性」を認めた（ここでは取用の前段階で補償の可能性が与えられた）からといって、当該の計画判断に私法形成効が認められるわけではない。このような「個別問題」に対してそれぞれの計画の特殊性に配慮して異なった規律を置くことは、「立法者の形成

の自由」に委ねられている、とする。

(c) 対立点

以上見てきたように、ここでは、Bプランにおける「予測リスク」への対応が論点とされた。そして、このことは、より広い観点から見ると、Bプランの法制度において隣人の権利保護手段が十分に確保されているかどうか、という点にも関わっている。このような観点は、ハーゲンの指摘に良く現れている。すなわち、ハーゲンは、明文の規定で私法形成効が認められている制度（ここでは計画確定決定と連邦イミッション防止法上の許可）との比較を通じて、Bプランにおいて「予測リスク」に対する公法上での対応が不十分であること、それゆえに、隣人の公法上の権利保護手段がこれらの制度よりも弱く形成されており、民法上での補充が必要不可欠とされること、以上を指摘した。これに対して、パピアー（およびクラインライン）は、立法者の形成の余地を根拠として、ハーゲンの指摘——私法形成効を認めるためには計画確定決定におけると同様の隣人保護手段が（少なくとも）用意されていない——だけでは自己の主張を覆すのに不十分であると見ている。

(4) まとめ——根本的な対立点の確認

パピアーとハーゲンとの論争を見てくると、このようにいくつかの根本的な対立点を見出すことができる。ここで、これらの対立点を再度確認しておきたい。⁽⁵¹⁾

第一に、BLプラン策定に際してどのような利益がいかなる程度・範囲で衡量されているのか、というBLプラン策定における衡量の意義と射程である。被害者たる隣人の私益も衡量に含められていれば、一応は、当該Bプランでイミッションをめぐる相隣紛争についても判断がなされたと言えるであろう。しかし、問題となるのは、か

かる衡量を通じてなされた判断が民法上の防御請求権を排除できるのかどうか、より具体的には、民法上の防御請求権を排除できると言えるほどに隣人の私益が個別具体的な形で衡量に含められているのか、である。上で見たように、パピアーとハーゲンとは、この点の理解について相当程度の違いが見られる。

第二に、ある起業案がBプランにおいて許容されている場合の、計画法上の適法性とイミッシオン防止法上の適法性との関係である。パピアーもハーゲンも、前者と後者が基本的に別個に判断されること（したがってBプランにおける指定がイミッシオン防止法上の適法性判断を含んでいないこと）を認識している。しかし、パピアーは、実際上の考慮を差し挟むことによって前者が後者を含むことを認め、その分だけBプランの効力を強めている。果たして、この点についていかに説得力ある説明ができるのか。ここでは、計画法上の適法性とイミッシオン防止法上の適法性との関係で、体系的な整合性も問われていると言えよう。

第三に、計画判断に必然的に伴う「予測リスク」に対してどのような対応をするべきか、ということである。ここでは、「予測リスク」を誰が負担するのかという問題と共に、「予測リスク」に対処するために隣人にどのような権利保護手段が用意されているのか、という点が重要である。この点については、明文で私法形成効を認めている場面と比較すると、Bプランにおける隣人の保護手段は弱いのではないか、それゆえに民法上の保護手段による補充が必要ではないか、という疑念が強く表明されている。また、かかる疑念にも示されていたように、「予測リスク」への対応をめぐる対立は、民法上の隣人保護手段（本稿では防御請求権）の存在意義にも関わっている。

さて、以上のような根本的な対立点は、学説の展開を分析する際の重要な手がかりとなりうる。というのも、全体を眺めてみると、学説は、これらの対立点についてどのように対処するのかを（明示的ではないにせよ）意識し

つつ、妥当な解決を目指そうとしているからである。学説がこれらの対立点についてどのような回答を示すことになったのかは後に見る（下記4(2)）こととして、その前にまず、学説の具体的な展開に目を転じよう。

3 学説の展開

学説の大勢は、おおむね後述の共通の問題意識を基礎とした上で、それぞれの主張を展開している。⁽⁵²⁾

その中には、ハーゲンの主張に対して反論を展開し、対立点の一方の立場——上で紹介したパピアーの見解——をより徹底しようとする論者⁽⁵³⁾も見られなくはない。しかし、このような論者は少数にとどまっている。むしろ、学説の傾向は、上記の対立点について適切な（場合によっては妥協的な）対処を図りつつ、妥当な結論を導こうとしている。それどころか、対立点を鮮明にさせた上述のパピアーとハーゲンとの論争においてさえ、それぞれの見解の中には既に、かかる傾向が明確に示されていたのである。その意味では、諸学説は、対立点を挟みつつ相互に歩み寄りを見せているとも言えよう。

かかる傾向の学説からは、本稿の問題関心——相隣関係における「調整」の論理と都市計画との関係——を解明する上でも、大きな手がかりを見つけ出すことができるものと思われる。そこで、以下では、これらの学説の具体的な展開について追って行くことにする。まず、これらの学説の展開に働いている共通の問題意識を確認しておく（下記①）。続いて、学説の具体的な内容を二つの方向性から眺めていく（下記②③）。そして、項を改めて、上述の対立点とも関連させつつ、学説の展開について考察を加えることにしたい（下記4）。

(1) 学説の展開に働く共通の問題意識

ここで扱う学説からは、ほぼ共通した問題意識を読み取ることができ、これらの学説が展開される際の原動力となっている。もっとも、かかる問題意識は、パピアーとハーゲンの見解の中でさえ（明示的ではないにせよ）既に共有されていた。ここでは、かかる共通の問題意識を確認しておくことにしたい。

学説の指摘を見る限りでは、解釈の方向性を定めるにあたって、主として以下の二つの問題意識が現れている。第一の問題意識として、BLプランないしBプランを貫徹させる必要性が、学説においてしばしば指摘されている。⁽⁵⁴⁾

このような指摘は、判例の考えを批判する論者によってとりわけ強調される。

パピアーは、自己の見解——Bプランの効力として私法形成効を認める見解——を提唱するにあたって、BLプランにおける「発展計画」としての機能が尊重されるべきことを主張した。おおよそ以下のように述べている。⁽⁵⁵⁾

建設法典一条五項は、BLプランの目標として「秩序付けられた都市建設上の発展」を掲げている。ここに示されているように、BLプランは、従来の純粋な「秩序計画 Ordnungsbau」もしくは「受け入れ計画 Anfangsbau」⁽⁵⁶⁾という歴史的な任務を越えて、さらに「発展計画 Entwicklungsplanung」にまで達してきた。したがって、BLプランはもはや、社会空間において起ころうとしている自律的な発展を高権的に秩序付け、その発展に枠組みを設定するだけではない。さらに、自ら都市建設上の発展のイニシアチブをとり、これを形成する機能も担っている。⁽⁵⁷⁾ここで仮に、BLプランの実現が相邻私法的手段によって妨げられるとするならば、BLプランは上で見た法律上の発展の任務を果たすことができなくなる。いわば、何ら実行力のない高権的規制となってしまうであろう。しかしながら、このような事態は、BLプランの根本規範（とりわけ建設法典一条）に明らかに矛盾している。

また、市町村に「計画高権」が保障されているという観点から見ても、Bプランの効力を削減することは許されないと⁽⁵⁸⁾言える。

さらに、ゲンチュは、パピアーとはやや異なる観点から、Bプランの「貫徹能力 Durchsetzungsfähigkeit」が保障されるべきことを主張している。⁽⁵⁹⁾

ゲンチュによれば、判例の考えに従った場合、以下のような場面でBプランの実行が妨げられるという。Bプランが現存の利用形態とは異なる指定を行った場合、判例の考えによれば、かかる指定は九〇六条における受忍義務の判断に際して何ら基準とはされない。せいぜい、計画の実現が進むにつれて初めて意味を持つ——つまり計画の内容が現実化して場所的慣行性を構成するようになる——にすぎない（判例の考えについては上記二二参照）。しかし、このような理解では、計画が実現に至るまでの移行期間中、計画の現実化が「違法に」行われるという不合理な状況が生じてしまう。⁽⁶⁰⁾ いわば、Bプランが「実行不能という法的欠陥」を当初から備えていることになる。

具体例を見てみよう。例えば、市町村がBプランにおいて混合地区の指定を行った場合に、「奇妙な」結果がもたらされる。⁽⁶¹⁾ 建築利用令六条によれば、混合地区においては、住宅だけでなく、居住を本質的に侵害しないような商工業も許容されている。ここで、この地区にまず最初に住宅が建設されてこれが一般的となれば、判例の考えによれば、これらの住宅が九〇六条二項の場所的慣行性を形成することになる。そうすると、その後になって商工業がこの地区に進出しようとしても、当該商工業は場所的慣行でないと評価されてしまうことになる。仮にかかる商工業から生ずるイミッシオンが九〇六条一項の意味で本質的であると判断されるべき場合に、住宅の所有者らは、商工業が場所的慣行でない（居住こそが場所的慣行である）と主張して当該商工業の進出を阻止できることにな

ろう。

したがって、ゲンチュの分析によれば、このような事態においては、Bプランの実現可能性が「当該Bプランに基づき建築地区で許容された利用のうちのどれがまず最初に実行されたのか」という現実の事情に依存していることになる。いずれにせよ、このようにして、民法上の障害がBプランの実現を妨げているのである。しかし、立法者がこのような実^レ行力しかない——すなわち「現状の保全を目標とした民法上の請求権に対して打ち勝つことのできない」——Bプランというものを創設しようとしていた、などとは到底考えられない。それにもかかわらず、判例の考えに依拠するならば、現在および将来における都市建設の任務の下でますます重要性の高まっている領域において、Bプランの「貫徹能力」が疑問視されてしまう⁽⁶²⁾。

こうして見てくると、パピアーとゲンチュの問題意識は、判例の解釈によるならばBLプラン（ないしBプラン）に本来与えられている機能が十分に果たされないこと、それゆえに、これらの計画の「貫徹能力」が保障されるように解釈がなされるべきこと、以上の点にあると言える。かかる問題意識は、彼らに限らず、判例の考えを批判する論者の中でも共通して言及されるところである⁽⁶³⁾。

ところが、以上のような問題意識は、判例の考えを基本的に支持する論者にも受け入れられている。その代表的な論者たるハーゲンの指摘を見てみよう。

ハーゲンは、直接的にはゲンチュの指摘を受け入れる形で、かかる問題意識に言及している⁽⁶⁴⁾。すなわち、判例の考えによるならば、様々な利用の可能性を開くはずのBプランの実現可能性が「当該Bプランに基づき建築地区で許容された利用のうちのどれがまず最初に実行されたのか」に依存してしまっている、というゲンチュの指摘に注

意を促している。そして、「建築の偶然の順番によって市町村の計画高権が事実上覆されうるということは、理論的な端緒において疑念なきことではないように思われる」と述べた。したがって、ハーゲンも、判例の採用する方法で場所的慣行性を解釈した場合に、市町村の計画高権が弱体化されることを問題視している。

もちろん、ハーゲン自身としては、「被害者の民法上の請求権が、（スポーツなどの……筆者注）正当な利益を含むところの有意義なBLプランを事実上挫折させたり不適切に困難にさせている」といった事態は実務において実証されていない、と評価しており、市町村の計画高権が阻害されるような場面はそれほど多くないかもしれない。⁽⁶⁵⁾しかし、事実そうであるとしても、ハーゲンは、「民事裁判所もかかる事態に対して心を閉ざすことはなからう」と述べており、市町村の計画高権を弱体化するような事態が回避されるべきことを十分に意識している。そこで、ハーゲンは、少なくとも法政策的には、「異論の余地なき *einwandfrei* 公法上の計画が民法上で破壊されうることを防ぐ」ために、「建設計画法・建築秩序法と隣接私法との調和」ないし「イミッション防止私法とイミッション防止公法との調和」が不可避的に必要である、と主張している。

このように、ハーゲンの指摘によるならば、市町村の計画高権を阻害することのないように解釈が展開されるべきことが、重要な課題とされている。⁽⁶⁶⁾その意味では、ハーゲンのかかる指摘にも、パピアーやゲンチュと同様の問題意識を見出すことができる。

次に、第二の問題意識として、建設法の領域において公法と私法とを調和させる必要があるとの認識を挙げることができるとができる。

既に見たハーゲンの見解は、その一つの特徴として、市町村の計画高権の保障——ここにはBLプランの貫徹の

必要性も含まれている——という課題を、「建設画法・建築秩序法と相隣私法との調和」ないし「イミッシオン防止私法とイミッシオン防止公法との調和」という方向性と結び付けている。このような方向性は、既に言及したように、ここで検討している「民法上の請求権と都市計画との関係」に限らず、建設法ないし相隣法の領域全般において重要な課題とされている。なぜなら、「建設官庁―建築主（＝加害者）―隣人（＝被害者）」という三関係において生じる生活関係について、建設公法と相隣私法の適用領域が広範に交錯し合うところ、かかる交錯から生ずる様々な弊害を回避するために、両者を調和させることが必要とされているからである（本論第二節三4（参照））。ハーゲン⁽⁶⁷⁾は、ここで指摘する解釈の方向性を、まさにかかる調和の問題の一環として理解しているのである。

他方、かかる問題意識、すなわち、「建設画法・建築秩序法と相隣私法との調和」ないし「イミッシオン防止私法とイミッシオン防止公法との調和」の必要性という視点は、判例の考えを批判する論者の側によってもしばしば指摘される。例えば、ヨーレンは、民法上の防御請求権の解釈とBプランとの関係について、「現在の相隣法は何らの体系もなく民法規範と公法規範に分裂しているので、実体的な判断基準および概念内容を相互に影響させ合うことによつてのみ、相隣的な利益紛争を矛盾なく解決することができる」と述べている⁽⁶⁸⁾。また、ここまで明確ではないにせよ、多くの論者にはかかる調和の視点が散見され、この点についておおよそ共通の意識が生成していることが窺える。

したがって、かかる調和の必要性も、BLプランを貫徹させる必要性と並んで、学説の展開に強く働いている共通の問題意識の一つとして理解することができる。つまり、ここで検討する学説は、BLプランの貫徹の必要性、

および、建設計画法と相隣私法との調和（あるいはイミッシオン防止私法とイミッシオン防止公法との調和）の必要性、という二つの「必要性」を背景として主張されていると言えよう。

しかし、ここでさらに問題となるのは、このような必要性を前提とした上で、それを具体的にどのようなようにして達成していくかである。個々の論者の主張は多岐に渡っているが、筆者の見るところ、少なくとも二つの顕著な方向性を学説の中から抽出することができるように思われる。そこで、次に、この二つの方向性について詳しく見ていくことにしよう。

（2） 第一の方向性——Bプランの具体化を目指す方向

学説において主張されている第一の方向性は、計画指定の具体化を指向するものである。

かかる方向性は、Bプランに私法形成効を認める（つまりBプランの効力として隣人の受忍義務が生ずるとする）論者——判例の考えを批判する第一のアプローチ——によって示されている。すなわち、Bプランの効力として私法形成効を認めることを原則としつつも、かかる指向を考慮してこの効力を限定しようとするのである。ここでは、パピアーの見解を取り上げること⁽⁷⁰⁾にしたい。

パピアーは、前述のように、Bプランによる指定が隣人の受忍義務の根拠となり、民法上の不作為請求権および妨害排除請求権を排除することができる、と主張する。もちろん、Bプランにかかる効力を付与するにあたっては、一般的な条件が付されている。すなわち、基本法一四条に基づく所有権保障が遵守されていること、建設法典一条六項に基づく衡量原則が満たされていること、その他、当該Bプランに法的な瑕疵がないこと、である。

しかし、ここで特に注目し値するのは、かかる一般的な留保の他に、パピアーがさらにBプランの効力に対して

「特別な限定」を加えていることである。すなわち、計画上の指定に具体性を要求し、その程度と隣人の受忍義務の成否とを関連付けているのである。パピアーは、基本的な認識を以下のように述べている。

「計画された施設に関する計画上での指定が厳密であればあるほど、計画により生ずる隣人の特別な受忍義務も一層明確に決定されうるし、また、計画を害するような、あるいは、計画を挫くような隣人の介入も、より実効的に回避できる」。

そして、かかる認識から、パピアーは以下のような具体的な帰結を導く。

計画に適合して建設・利用されている施設が第三者の防御請求権から保護されるためには、「Bプランが一般的な建築地区の指定に甘んじることなく、指定された建築地区の内外において別個に、具体的に描かれた施設の立地、その特別な利用の種類、および建造物の位置について、十分具体的に指定を行っている」ことが必要である。

例えばスポーツ施設の場合には、公有・私有の緑地指定（建設法典九条一項一五号）、公共用地の指定（同五号）、特別地区の指定（建築利用令一〇条および一一條）が考えられる。市町村としては、もっぱら以上のような方法を通じてのみ、「計画による形成の自由を実りあるものとする⁽¹⁾ことができる」。しかし反対に、市町村が上記の計画法上の可能性を用いていない場合、例えばBプランが建築利用令一条乃至九条所定の建築地区の指定にとどまっている場合——建設計画法上はこれでも問題はな⁽²⁾いとされている——には、計画に適合した施設といえども、Bプランの効力による保護を受けることができない。

ところで、上で「計画に適合した」土地利用が語られていることから分かるように、Bプランの私法形成効に与るためには、騒音などの作用を発している土地利用がそもそも「計画に適合して」いなければならない。したが

って、「計画に反する利用」、「合法性に反する利用」、および「計画に適合した施設に対して類型的に期待される種類と程度を越えるような利用」は、Bプランの私法形成効を受けることができない。かかる場合には、依然として一般相隣法の基準（特に九〇六条）に基づいて判断が下される、とされている。⁽⁷²⁾

以上見てきた通り、パピアーの見解の特徴は、Bプランに対する要請として、Bプランの指定が当該施設の土地・種類などに至るまで十分に具体化されていることを要求するところにある。Bプランに私法形成効という「強い」効力を付与するにあたって、このような厳格な条件が前提とされていることに注意すべきであろう。そして、かかる条件を満たしている場合（かつ当該土地利用が計画に適合している場合）に限って、Bプランの指定が民法上の請求権の成否を決定付けるとされる。したがって、まさにこの点において、民法上の防御請求権の解釈とBプランとが連携し合っていることになる。

なお、パピアーは、別の留保も付している。すなわち、Bプランが民法上の防御請求権を排斥できるというのは、計画に適合した利用が当該防御請求権により「停止」や「排除」に追い込まれる場合に限られる。したがって、そうならない限り、隣人としては、計画に適合した利用が一般相隣私法と合致すべきことを請求できる（例えば九〇六条で認容される程度まで操業時間を短縮するなど）、とされている。⁽⁷³⁾ そうすると、民法上の請求権が排斥される場面は、実際上かなり限られるであろう。

(3) 第二の方向性——建築利用令一五条に基づく「精密な制御」を重視する方向

第二の方向性は、建設許可手続で行われる建築利用令一五条一項に基づく「精密な制御」⁽⁷⁴⁾の可能性に着目して、民法上の防御請求権の解釈とBプランとの調和を目指している。

こちらの方向性は、当初は、判例の考えを批判する第二のアプローチから主張されていた。しかし、その後、判例の考えを基本的に支持する論者によっても受け入れられるようになった。さらに、近時では、判例の考えを批判する第一のアプローチ——従来は主として第一の方向性を指摘していた——からも再評価されている。

さて、具体的な学説を見る前に、まず建築利用令一五条一項の内容を簡単に確認しておこう（その意義等については下記4(1)(b)②でも再度言及する⁽⁷⁵⁾）。

建築利用の種類につきBプランの指定と矛盾していない建設起業案は、原則として許可されるはずである。しかし、建築利用令一五条は、かかる建設起業案でも個々の事例により不許可となしうることを定めている。具体的には三つの類型が規定されているが、本稿の問題との関連では以下の類型が重要である。⁽⁷⁶⁾すなわち、Bプランに適合した建設起業案であっても、そこから「建築地区自体もしくはその近隣において、建築地区の特性に照らして期待不可能な負荷もしくは侵害が生じうる場合」には、当該建設起業案は個別事例において不許可とされるのである（建築利用令一五条一項二文）。

建築利用令一五条の目的は以下の点にある。建築利用の種類に関しては、建築利用令二条乃至一四条が定型的な規律を用意しており、別段の定めがない限りこれがBプランの構成部分になるとされている（建築利用令一条三項二文）。これに対して、建築利用令一五条は、かかる定型的な規律を修正して「具体的な状況の諸要請に適合させる」ことを建設官庁に認めたのである。したがって、ある建設起業案がBプランで許可されていても、それは依然として建築利用令一五条に基づく一般的な許可の留保の下に置かれていることになる。その点で、この規定には実務において極めて重要な意義が与えられている。

それでは、かかる方向性について学説の具体的な指摘を見ていくことにしよう。

(a) ビルクの見解

ビルクは、判例の考えを批判し、イミッション防止公法とイミッション防止私法との調和を図ろうとする。ビルクの見解は、判例の考えを批判する第二のアプローチ、すなわち、Bプランの指定内容が九〇六条における場所的慣行性を形成するというアプローチに位置付けられる(概要について上記1(2)(a)も参照)。このアプローチ自体は、既に他の論者によっても提案されていた。例えば、プロイアーは、建設公法と相隣私法との関係する領域において今日では公法が「体系を形成する指導的役割」を果たしていることを根拠として、「Bプランの指定と合致した起業案およびイミッション発生施設は、九〇六条二項一文の意味における場所的慣行とみなされるべきである。：場所的慣行性の基準は、静的に硬直したものとして、また、動的に決定された計画による地域構造と矛盾して、解釈されてはならない」と主張した⁽⁷⁷⁾。また、ヨーレンは、パピアーと同様に、BLプラン策定の際における衡量の意義を主たる論拠としつつも、「Bプランを通じて優先的に決定されうる地区の性格を考慮すれば当該利用がその近隣と調和している場合にも、当該利用は常に場所的慣行とされる」と述べた⁽⁷⁸⁾。

しかし、ビルクの見解には、以下のような、これらの論者と異なる大きな特徴が見られる⁽⁷⁹⁾。

ビルクによれば、場所的慣行性に関して「二つの異なる判断レベル」が区別される。一つは、「一般的な場所的慣行性」である。Bプランにおいては、「侵害の程度もしくは要保護性の程度に応じて利用を総計的に区分すること」(傍点筆者)が行われている。つまり、ある地区において一般的に許容されることを決定しているにすぎないため、Bプランは「一般的な場所的慣行性」を決定するものとされる。もう一つとして、九〇六条二項の場所的慣

行性は、特定の土地利用に関連して具体的に確定されるがゆえに、「具体的な場所的慣行性」を含んでいるという。そして、このように判断レベルが異なる以上、両者を同一のものと理解することはできない。「Bプランがその指定を通じて創り出す「一般的な場所的慣行性」は、「具体的な場所的慣行性」の構造を決定することはできるが、これを最終的な拘束力を伴って確定することはできない。」(傍点筆者)とされる。

しかし、「イミッシオン防止公法とイミッシオン防止私法との調和」のために、ビルクは、以下の構成を通じて「判断レベルの一致」を図っている。

Bプランに示された「一般的な場所的慣行性」は、建設許可手続の中で、「具体的に許容される建設起業案」へと転換されている⁽⁸⁰⁾。それゆえ、現行法上でも、具体的な建設起業案のレベルで解決がなされうる。そこで、個々の建設起業案を対象とした建設許可手続に目が向けられる。上述のように、建設許可手続においては、「Bプラン(一般的な場所的慣行性)」を考慮しつつ、さらに「(隣人保護的)配慮命令に服するところの建築利用令一五条一項(二文による補正)⁽⁸¹⁾」を受けて、建設起業案の許否が決定されている。ビルクは、かかる建設許可手続の中でまさに「具体的な場所的慣行性」が決定される、と見る。つまり、「建築利用令一五条一項二文は、…九〇六条二項の(もっぱら具体的な)場所的慣行性に対応している」のである。したがって、「建築利用令一五条で(にもかかわらず)具体的に許可の適性ありとされるものが、九〇六条の意味における場所的慣行でもある」、と結論付けられる。

以上のことは、Bプランが計画施設について広く具体的に指定をしている場合にも当てはまる。かかる場合には確かに、現実が生じうる諸作用を詳細に観察・処理することができるとはいえず、それでもなお、一層の具体化は建設許可手続に留保されているからである。ただし、ビルクは、パピアーと同様、計画指定を具体化させることには

賛成している。というのも、「計画および建設許可が具体的な規律をその内容として含んでいる場合」に限って、上述の（具体的な）場所的慣行性の形成を認めているからである。

このように、ビルクは、建設許可手続における「建築利用令一五条一項二文による補正」に着目し、ここで「具体的な場所的慣行性」が形成されるとしている。その意味では、建築利用令一五条一項二文における「当該建築地区の特性に照らして期待不可能な負荷もしくは侵害」の判断が、九〇六条における（具体的な）場所的慣行性の判断と同置されていると言える。そして、以上のような構成によって、建設計画法と相隣私法との調和が図られているのである。かかる見解に依拠する場合、Bプランの指定に合致しており、かつ建設許可手続において建築利用令一五条一項二文の審査を通過した建設起業案については、少なくとも九〇六条の場所的慣行性要件を満たしていると評価されることになる。

(b) ハーゲンの見解

ハーゲンは、パピアーとの論争において判例の考えを基本的に擁護しつつも（上記2参照）、ビルクの見解を積極的に受け入れるに至った。⁽⁸²⁾ その際に強く働いているのは、既に見たような、「建設計画法・建築秩序法と相隣私法との調和」ないし「イミッシオン防止私法とイミッシオン防止公法との調和」という問題意識である。⁽⁸³⁾

ハーゲンは、かかる調和を達成するための基本的な態度を以下のように示している。九〇六条は、その変動する歴史の中で、現実の要請に基づく諸々の必然的な理由から、「判例による法の根本的かつ無数の継続形成」を経験してきた。一例として場所的慣行性概念の中にも含まれます「評価的な観点」が持ち込まれるようになっていくことは、前述の通りである（本論第二節二5(3)参照）。したがって、このような背景から見て「最も体系に適合する」方

法は、「建設計画法をも指向した」ないしは「建設計画の保護と公的なイミッシオン防止をも目指した」、「九〇六条の場所的慣行性概念の規範的な強化 *Anreicherung*」を図ることである、と。つまり、建設計画法を通じての場所的慣行性の「共同決定」が意図されている。

もっとも、ハーゲンとは、「法的に有効なBプランが存在することだけでは、具体的な土地利用の場所的慣行性を共同決定するのに十分とは言えない」とする。なぜなら、前述のように、Bプランにおける規律は、ある地域を建築利用令の地区類型へと分類することにより、単に侵害の程度や要保護性に応じた「もっぱら概括的な」利用区分を行っているにすぎないからである（上記2(1)(b)参照）。

そこで、ハーゲンも、ビルクの見解に依拠して建築利用令一五条の存在意義に目を向ける⁽⁸⁴⁾。ある建築施設がイミッシオン防止法上において最終的に許容されるかどうかは、Bプランの一般的な計画指定の段階では判断されない。むしろ、「建設許可の枠組みにおける、個別事例に関連する形で建築利用令一五条に基づく微調整」によって判断されている。というのも、当該建築その他の施設がBプランの指定と適合していても、かかる建築利用令一五条に基づく「個別事例の観察」を通じて、同条一項の要件を満たす場合には「当該建築その他の施設がおよそイミッシオン防止法上許容されない」との判断がなされるからである。したがって、イミッシオン防止私法とイミッシオン防止公法との調和という観点からすれば、「九〇六条の場所的慣行性概念をイミッシオン防止法上の建設許可の要件と結び付けること」が当然に考えられる。すなわち、建築利用令一五条の「微調整」をクリアーして許可の適性ありとされたものは、通常は九〇六条の意味における場所的慣行と評価されるべきであろう、というのである。

ただし、ハーゲンによれば、以下の二つの留保が付されている。一つとして、Bプランが具体的な指定を含んでいる——当該施設を指定しかつ騒音防止に関する指示を行っている——場合であっても、かかるBプランは、具体的な建設起業案に関するイミッシオン法上の許容性について判断することはない。建築利用令一五条が存在するからである。

重要な留保はもう一つの方である。ハーゲンは、上記解釈の前提として、法的に有効なBプラン、および、再審査可能で適切なイミッシオン予測を含むところの適法な建設許可を要求している。しかし、それでもなお市民には、この時点では予測されないような範囲・程度のイミッシオンが事後に生じるという意味で、「予測リスク」が残る。建設計画法は、上述のように、かかるリスクに対する救済手段を十分に用意していない（上記2(3)(a)参照）。そこで、ハーゲンは以下のように述べる。「不適切なイミッシオン予測は、場所的慣行性を規範的に形成することはできない。なぜなら、予測されない（事後の：筆者注）現状が、官公庁により考慮されておらず、また計画上衡量されていなかったからである」⁽⁸⁶⁾。かかる「緊急の場合」のために、民法上の防御請求権は「非常ブレイキ」⁽⁸⁵⁾として維持されていなければならない。

以上見てきたように、ハーゲンは、建築利用令一五条と場所的慣行性との関係に着目しつつ、同時に「予測リスク」への適切な対応をも図ろうとしている。その指摘を整理すれば、以下の二点が重要と思われる。

第一に、ハーゲンは、「個別事例に関連する形での建築利用令一五条に基づく微調整」を経て建設許可を受けた起業案を、九〇六条の意味でも場所的慣行と評価している。この点ではビルクの見解と同様である。しかし、ハーゲンの見解に特徴的なのは、かかる解釈が、判例による場所的慣行性概念の継続形成に照らして提案されたことで

ある。したがって、判例の基本的な考えを維持しつつも、その枠組みの中でイミッシオン防止公法とイミッシオン防止私法との調和が目指されていると言えよう。⁽⁸⁷⁾

第二に、ハーゲンは、かかる「微調整」の前提として「適切なイミッシオン予測」を強調しており、このことが「予測リスク」との関係で重要である。確かに、上記の「微調整」をクリアーしていても、事後になってその予測が誤っていたと判明する事態は起こりうる。そこで、ハーゲンは、被害を受ける市民がかかる「予測リスク」を負担することのないよう、重要な留保を加えたのである。その結果、「予測リスク」の顕在化した作用発生施設については、場所的慣行性（九〇六条二項）が否定されるため、市民としては民法上の防御請求権を行使できる可能性が（他の要件にも左右されるが）相当高まることになる。この点で、ハーゲンの見解によれば、民法上の防御請求権は、市民が「予測リスク」を回避するための手段として位置付けられるであろう。

(c) ドルデラーの見解

ドルデラーは、建設公法と相隣私法（とりわけ一〇〇四条および九〇六条に基づく防御権）との「最適化された調和」を試みようとする中で、「拘束的BLプランを通じての、民法上の防御権に対する広範な支配」を主張している。これは、BLプランの効力として民法上の防御請求権が排除されると説く点で、パピアーと同様、判例の考えを批判する第一のアプローチに位置付けられる。しかし、ドルデラーの見解の特徴は、かかる主張に際して、建築利用令一五条の存在を重要な論拠としたことである。その主張は以下の通りである。⁽⁸⁸⁾

ドルデラーは、パピアーも論拠として挙げていたように、Bプランが「法律」として土地所有権の内容・限界を規定すること、それゆえ、土地所有者が自己の権限に依拠して民法上の防御請求権を行使できるかどうかを決する

際にもBプランが重要となること、以上を認めている（上記2(1)(a)参照）。しかし続けて、ドルデラーは——おそらくハーゲンからの批判と同趣旨と思われるが（上記2(1)(b)参照）——こう述べる。「このことによって確認されるのは、所有権の消極的な核に含まれるところの土地所有者の排除権限がどこまで到達するのかについて、Bプランがその原理上共同決定している、ということにすぎない」と。

そこで、ドルデラーは、Bプランにおける計画指定の射程について検討を進める。以下の基本的な態度が示される。計画指定の射程は、上述のような論拠ではなくその「構造的な特性」に従って決定されるべきである。どのような「特性」というと、一つには「計画指定は執行を目指したものであること」、もう一つには「計画指定はレベルに特有な形でその判断プログラムを限定していること」である。なお、ここに言う「レベル」とは、ドルデラーが基本的な視座として「計画レベル」と「計画執行レベル」とを区別していることに由来する。

それでは具体的にはどのように分析されるだろうか。許容される利用の種類について指定がなされる段階（すなわち「計画レベル」）では、相隣紛争を終局的に規律することは予定されていない。いわば「多かれ少なかれおおざっぱな、利用の平面的な配分」が行われているにすぎず、この点で、「計画レベル」における判断プログラムは限定的なものと解されることになる。他方、「計画執行レベル」に目を向けてみると、ここでは、建築利用令一五条が「精密な制御の留保」を用意している。つまり、「小規模の相隣空間における紛争を精密に調整することは、下位の計画執行レベルに委ねられている」のである。したがって、かかる「計画執行レベル」が存在して初めて、「計画と個別行為（ここでは建築利用令一五条による制御：筆者注）とから成る、完全な形で判断の結合[Entscheidungsverband]」が創り出される、という。

このような検討から、ドルデラーによれば、Bプランの効力は以下のように理解される。Bプランはその効力として土地所有者（隣人）の排除権限の範囲——したがって民法上の防衛請求権の成否——を決するところ、かかる効力は、上述の建築利用令一五条に基づく「精密な制御の可能性」の存在を考慮して初めて完全なものとなる、と。ここでは、九〇六条の場所的慣行性の形成という法律構成をとっていないこと、そして、建築利用令一五条に基づく「精密な制御」の存在自体から直接にBプランの私法形成効が導かれていることが、その特徴と言えよう。⁽⁸⁹⁾この点では、かかる法律構成に依拠しかつBプランの私法形成効を否定するビルクやハーゲンとは、根本的な相違がある。しかし、建築利用令一五条に基づく「精密な制御」を重視する側面では、上記二人の論者と同様の方向性を見出すことができよう。

さらに加えて、ドルデラーは、民法上の防衛請求権の機能について言及しそれを依然として残している。すなわち、公法における判断は予測判断である以上、そこには予測を誤るというリスクが伴う。そこで、かかる「予測リスク」に対しては、法的な「アフターケア（Nachsorge）」の必要性が生ずることとなり、これが民法上の防衛請求権（さらには相隣私法全体）に割り当てられている、とするのである。

以上見てきたように、ドルデラーも、建築利用令一五条に基づく「精密な制御の留保」に着目して自己の主張を展開している。ただし、その主張はやや複雑である。一方では、Bプランがその効力として民法上の防衛請求権を排除できるとしており、この点ではパピアーの見解に接近している。しかし他方、Bプランのかかる効力を認めるにあたっては、建築利用令一五条をその論拠としている。しかも、法的な「アフターケア」として民法上の防衛請求権が活動する余地を認めており、この点ではむしろハーゲンの見解にも接近している。しかし、いずれにせ

よ、Bプランに私法形成効を認める立場——判例の考えを批判する第一のアプローチ——からも建築利用令一五条の存在意義に注目が向けられていることは、ドルデラーの指摘を通じて十分に理解できるであろう。

(4) 補論——補償請求権の成否

ところで、これまで見てきた議論の中では、民法上の防御請求権（妨害排除請求権および不作为請求権）とBプランの指定との関係が扱われてきた。しかし、九〇六条二項二文によれば、隣人に補償請求権が認められることもありうる。そこで、民法上の補償請求権とBプランの指定との関係も問題となりうる。もともと、以下で見る通り、この点についてはそれほど議論がなされていない。

まず、上述の、学説における第一の方向性では、補償請求権の成立を明確に否定する見解もあるものの、ほとんどこの点について言及されていない。⁹⁰⁾

次に、学説における第二の方向性を見よう。この方向性に従って場所的慣行性が規範的に肯定され、かつ、作用発生者が経済的に期待可能な除去可能性がないとの証明をした場合には、隣人は防御請求権を行使できない（九〇六条二項一文）。ところが、九〇六条二項二文によれば、かかる場合であっても、当該作用が被害地の「場所的慣行の利用もしくは収益を期待可能な程度を越えて侵害している」ならば、隣人は適切な補償を請求できる。したがって、この要件を満たす限りで隣人には補償請求権が認められる、とされている。⁹¹⁾

しかし、かかる第二の方向性に立脚する場合、建築利用令一五条における審査の内容からすれば、この審査が実質的には「隣人に対する侵害が期待可能な程度を越えること」をチェックするべく機能している、と理解される。したがって、有効なBプランが存在しかつ建築利用令一五条の審査を通過していれば、通常は九〇六条二項二文の

要件を満たすことはなからう——つまり隣人に期待不可能な侵害は生じていないであらう——と言われている⁽⁹²⁾。このような評価からすれば、補償請求権の認められる場面は相当に限定されるであらう。

このように見てくると、あくまで限られた考察でしかないが、少なくとも補償の可能性自体は否定されていないと考えられること、しかし、建築利用令一五条における審査過程の中で実質的に民法上の補償の要否についても判断がなされていると見られること、以上の点をひとまず確認することができる。したがって、第二の方向性に立つ限りでは、防御請求権だけでなく補償請求権の成否を判断するに際しても、建築利用令一五条の存在が重要な意味を持っていると言えよう。

(5) まとめ

これまで見てきたように、学説は、BLプランの貫徹の必要性および建設計画法と相隣私法との調和という共通の問題意識を土台として(上記①)、主として二つの方向性を示してきた。

一つは、判例の考えを批判する第一のアプローチから示された、計画指定の具体化を目指す方向性である。パピアーの見解によれば、Bプラン自体の効力として民法上の防御請求権を排除することが認められるため、BLプランの貫徹および建設計画法と相隣私法との調和は既に達成されていた。しかし、それにもかかわらず、自己の見解を主張するにあたっては、計画指定が十分に具体化されていることを要求していた(上記②)。

もう一つは、様々な立場によって示されてきた、建築利用令一五条の存在意義に着目する方向性である。建築利用令一五条は、計画に適合した建設起業案に対しても、さらにイミッシオン防止の観点に基づいて「精密な制御」ないし「微調整」を行っている。学説は、その法律構成こそ違えど、まさにこの建築利用令一五条の意義を捉

り所として、Bプランの指定と民法上の防御請求権の解釈とを連結して理解しようとしたのである。また、こちらの方向性においては、しばしば「予測リスク」の問題も念頭に置かれており、これへの対処が民法上の防御請求権の役割として理解されている(上記③)。

さて、学説においてこのような方向性が示されていることを前提として、そこからは一体何を読み取ることができるのであろうか。かかる学説の展開が「建設計画法と相邻私法との調和」を意識しているだけに、相邻関係における調整の論理と都市計画との関係を探ろうとする本稿の関心からすれば、この点を詳しく分析することが重要となるであろう。そこで、改めて、以上の学説の展開を考察することとした。

※ドイツ法の叙述においてしばしば参照する文献およびその表記方法については、本稿(一)・本論第一節注(1)を参照されたい。

- (1) F.-J. Peine, Öffentliches und Privates Nachbarrecht, Jus 1987, S. 171ff.; Baufiches Nachbarrecht, BBAuB 1991, S. 11f.
- (2) 代表的な論者の見解については、既に鈴木美弥子「ドイツ環境法における公法と私法の交錯」早法七二巻三号(一九九七年)二二五頁以下が紹介している。しかし、本稿では、鈴木論文とは異なる観点から学説の整理と検討を試みたいと考えている。その理由については、後掲注(13)を参照されたい。

- (3) この時期の文献のうち、判例の基本的な考えに批判的なものと「K. H. Pritauf, Latente Störung, Rechtswirkungen der Bauerlaubnis und vorbeugende Nachbarlage, DVBl. 1971, S. 718; H. Westermann, Die Funktion des Nachbarrechts, FS Larenz (1973), S. 1013f.; C. Trzaskalik, Veränderungen im Nachbarrechtsverhältnis durch staatliche order kommunale Raumnutzungsentscheidungen, DVBl. 1981, S. 72f. などがある。前二者は、場所的慣行性概念に着目する点で、後述の「判例の考えを批判する第二のアプローチに近い。他方、最後のものは、Bプランの私法形成効を述べており、判例の考えを批判する第一

の「アプローチを窺う」ことがあろう。

- (4) H. Jöhlen, Bauplanungsrecht und privatrechtlicher Immissionschutz-Zugleich eine Anmerkung zum Tennisplatz-Urteil des BGH vom 17. 12. 1982, BauR 1984, S. 135.
- (5) M. Dolderer, Das Verhältnis des öffentlichen zum privaten Nachbarrecht, DVBl. 1998, S. 20f. 特に第11の「問題提起」について(1)および後掲注(54)以下で詳しく見るべきで、はてしなくの論者が共通して指摘している。
- (6) 同の「発展の任務」については、後に言及する(下記(1)参照)。
- (7) この「アプローチ」の代表的な論者は、ハムプラーである(文獻については後掲注(11)参照)。その外、G. Lang, Sportanlagen im Wohnbereich, UPR 1985, S. 190f.; G. Gaentzsch, Sportanlagen im Wohnbereich, UPR 1985, S. 209; K. Kleinlein, Das System des Nachbarrechts (1987), S. 117ff.; H. Piktart, Bürgerlich-rechtliche Rechtsfragen bei Lärmbelastungen durch den Betrieb von Sportanlagen im Wohnbereich in: H. Piktart/K. Gelzer/H.-J. Papier, Umwelteinwirkungen durch Sportanlagen: Rechtsgutachten (1984, zit. Rechtsgutachten), S. 29ff. における議論である。
- (8) この「アプローチ」について「R. Breuer, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie (1976, zit. Bodennutzung), S. 270f.; ders., Baurechtlicher Nachbarschutz, DVBl. 1983, S. 438f.; Jöhlen, aaO., S. 137; J. Salzwedel, Sportanlagen im Wohnbereich, UPR 1985, S. 213; H.-J. Birk, Umwelteinwirkungen durch Sportanlagen, NVwZ 1985, S. 697. があるが、判例の考えを基本的に支持する論者の中に、その立場を維持している「アプローチ」に接近しているものがある。下記(3)(9)のハーナンの見解を参照。
- (9) Peine, aaO., S. 173 以下、これを「見解を「浸透」してある学説」と述べている。
- (10) Soergel/J. F. Baur, Rn. 11; Staudinger/H. Roth, Rn. 190; Palandt/Bassenge, Rn. 28. などが判例の考えに基本的に立脚する見解である。クーヤン(文獻については後掲注(21)参照)の他、P. Marburger, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts, Gutachten C für den 56. DJT (1986), S. 102 ff.; AK-BGB/Winter, § 906, Rn. 62 などもあろう。
- (11) H.-J. Papier, Wirkungen des öffentlichen Planungsrechts auf das private Immissionschutzrecht, in: H. Piktart/K. Gelzer/H.-J. Papier, Umwelteinwirkungen durch Sportanlagen: Rechtsgutachten (1984, zit. Rechtsgutachten), S. 101ff.; ders., 隣関係における調整の論理と都市計画との関係 (二)(秋山)

Sportstätten und Umwelt, UPR 1985, S. 73ff.; ders. Die planungsrechtliche Zulässigkeit von Tennisanlagen in Baugebieten, FS Gelzer (1991, zit. FS Gelzer), S. 93ff.; ders. Der Bebauungsplan und die Baugenehmigung in ihrer Bedeutung für den zivilrechtlichen Nachbarschutz, FS Weyreuther (1993, zit. FS Weyreuther), S. 291ff.

- (21) H. Hagen, Sportanlagen im Wohnbereich, UPR 1985, S. 192ff.; ders. Privates Immissionsschutzrecht und öffentliches Baurecht, NVWZ 1991, S. 817ff.; ders. Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Problemkreis Nachbarschutz und Sportstätte, in: P. Kirchhof, Sport und Umwelt (1992, zit. Sport und Umwelt), S. 1ff.; ders. Probleme und Erfolge richterlicher Rechtsfortbildung im privaten Immissionsschutzrecht, UTR 21 (1993), S. 49ff.; Erman/Hagen, Rn. 21; ders. Privatrechtlicher Immissionsschutz aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, ZfBR 1995, S. 61ff.

(13) 本稿の検討対象は、大部分が鈴木・前掲注(2)二一五頁以下と重なる。本稿がそれにもかかわらずこれらの学説の検討を試みるのは、以下の理由による。第一に、鈴木論文では、主としてパビアールとハーゲンとの間での論争、つまり学説における根本的な対立の図式に焦点が合わされている。しかし、本稿の知見としては、このような根本的な対立点が依然として存続しつつも、隣関係における調整の論理と都市計画との調和・連携を図ろうとする動き(本文で述べた第二の展開)も重要視されるべきではないか、と考えている。実際にも、学説の中ではかかる調和・連携を意識した主張がなされており、このような観点から学説の動向に目を向けることも必要ではないかと思われる。もちろん、鈴木論文もかかる動向に言及している(同二一六頁以下)が、本稿としては、より深くかかる動向を検討したいと思う。そして、第二に、このような観点から学説を整理・分析した場合、以下の成果が期待される。すなわち、隣関係における調整の論理と都市計画との連携がなぜ必要なのか、そしてその連携がどのようにして正当化されるのか、これらの問いに対する答えを見つけ出すことができるであろう。このような連携の必要性や正当性を証明するためには、諸学説を——鈴木論文とは別個の角度から——もう一度吟味してみることが必要ではなからうか。以上の理由から、本稿は、まず前提として学説における根本的な対立点を確認した上で、隣関係における調整の論理と都市計画との調和・連携という視角を基礎として、学説の展開を考察することとした。

- (14) Papier, Rechtsgutachten, S. 110; ders. aO., UPR 1985, S. 77; ders. FS Weyreuther, S. 293. また、基本的に同様の理解を示すものと、Kleinlein, aO., S. 117ff.; Gaentzsch, aO., UPR 1985, S. 209f.

- (15) パビアールとハーゲンの見解については、鈴木・前掲注(2)二一九頁以下で既に詳しい紹介がなされている。本稿では、筆者

の重視する視角（前掲注（13）参照）に基づいて、若干の再構成を加えつつ両者の見解を紹介する。

(16) Papier, Rechtsgutachten, S. 103f.; ders, FS Weyreuther, S. 293f.

(17) Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896 (RGBl. I S. 604) i. d. F. der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494). 同法「条は、」民法典および本法の意味における法律とは、あらゆる法規範である」と規定している。

(18) 例えは、P. Bassenge, in: Bürgerliches Gesetzbuch, 57 Aufl. (1998), § 903, Rn. 14ff.; K. Müller, Sachenrecht, 4 Aufl. (1997), S. 100ff.; F. J. Säcker, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, Sachenrecht, 3 Aufl. (1997), § 903, Rn. 27ff. などにおける概観を見ると、私法による所有権制限と公法による所有権制限とが並列に扱われていることが良く分かる。

(19) 連邦憲法裁判所一九八一年七月一日決定 (BVerfGE 58, 300) は、憲法上の所有権における私法規定と公法規定との関係について、以下のように述べる。「憲法によって保障される所有権の概念は、憲法自体から獲得されなければならない。…基本法は、個人の利益にとつても公共の利益にとつても正当な所有権秩序を創造する任務を、立法者に配分したのである。…所有者の憲法上の法的地位を決定する際には、私法と公法とが同格に共働しなければならない。私法上の所有権秩序は、所有権の内容と限界についての終局的な規律ではない。私法上の所有権規定は、基本法「四条の枠内において所有権を規律する公法規定に対して当然に優先するわけではない。…一定の時点において所有者にどのような権限が具体的に帰属するのかは、所有者の地位を定める現行法の諸規定を総覧することによって明らかとなる」(BVerfGE 58, 300 (335f.))。その他、収用と内容規定との関係など、本決定においてはいくつかの重要な判示がなされている。本決定についての紹介・分析および連邦憲法裁判所の所有権理解については、川崎和代「西ドイツにおける財産権制限の法理——連邦憲法裁判所を中心に——」大阪女子学園短期大学紀要二八号（一九八四年）四九頁以下、高橋寿一「所有権制限法理の展開——西ドイツにおける所有権概念の変遷を踏まえて——」一研九卷二号（一九八四年）六二頁、角松生史「憲法上の所有権——ドイツ連邦憲法裁判所の所有権観・砂利採取決定以後——」東社四五巻六号（一九九四年）一頁以下、海老原明夫「法律による収用——ドイツ連邦憲法裁判所の所有権保障——」法雑四一巻四号（一九九五年）一二八頁以下、西壁章「憲法上の所有権概念と地下水利用権——砂利採取事件——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』（信山社、一九九六年）二五六頁以下参照。

(20) Papier, Rechtsgutachten, S. 107ff.; ders, aO., UPR 1985, S. 77f.; ders, FS Weyreuther, S. 294f. B. プランには民法上の防御

請求権を排除する効力が与えられていると説く論者——判例の考えを批判する第一のアプローチ——の多くは、パピアーと同様、B Lプラン策定時の衡量をその重要な拠り所としている (Vgl. Kleinlein, aAO, S. 118ff.; Peine, aAO, S. 173f.; Lang, aAO, S. 190 f.)。また、判例の考えを批判する第二のアプローチからもしばしば、衡量の重要性について言及されている (Vgl. Breier, Bodennutzung, S. 270; Jöhlen, aAO, S. 137. この点について下記 3 (3) a) のヨーレンの指摘も参照)。

(21) したがって、計画に直接に関わっていない土地の所有者の利益といえども、計画により間接的な影響を被る場合には、計画の衡量過程に含まれて適正な考慮を受けなければならないことがある。このことは、たとえその影響が取用と言える程度の侵害に至っていない場合であっても、同様である。

(22) 反対に、衡量過程で考慮されるべき隣人の利益がそもそも衡量に取り込まれなかった場合、あるいは、考慮されてはいてもその私益の意味が誤認されたりその客観的な重要性を反映していない場合には、衡量原則に違反するがゆえに、第三者 (隣人) は当該計画の無効を主位的に (規範統制訴訟の場合) もしくは付随的に (相隣紛争に関する行政訴訟や民事訴訟の場合) 主張できることになる。この点について、本論第二節 3 (2) c) も参照されたい。

(23) このような結論だけを見れば、パピアーの見解は、既で紹介したバルトウルシュペルガーやシャップの見解 (本論第二節 3 (3) 参照) と近似するようにも思われる。しかし、決定的に異なるのは、彼らの見解が相隣私法と建設計画法との関係において両者の交錯をそもそも否定しているのに対して、パピアーはこのような交錯を否定していないことである (Peine, aAO, S. 171ff.)。つまり、パピアーは、相隣私法と建設計画法という法領域が様々な場面で相互に交錯し合うことを前提とした上で、九〇六条および一〇〇四条に基づく民法上の請求権とBプランとの関係を考察している。そして、B Lプラン策定に際して隣人の私益も衡量に含まれていること、それゆえに相隣紛争についても判断がなされていることを理由に、本文で述べたような結論を導いている。他方、シャップも、自己の主張の理由付けとしてパピアーとは同様の趣旨を述べてはいた。しかし、シャップは、そのことから相隣私法と建設計画法との管轄が異なるという結論を導き、このような相違ゆえに紛争判断に際して両者が交錯することはない——どちらか一方だけが管轄する——とした (本論第二節 3 (3) a) 参照)。また、バルトウルシュペルガーも、パピアーと同じような「特別法」的な理解を示していた。しかし、バルトウルシュペルガーの場合、建設計画法 (全体) が相隣私法 (全体) の「特別法」であると理解されており、これはパピアーの理解——パピアーはあくまでBプランにおける利益調整と九〇六条における利益調整との関係を語っている——とは全く異なっている。バルトウルシュペルガーの言う「特別法」の理解が厳しく批判されていること

については、前述の通りである（本論第二節三(3)(b)参照）。

(24) この表現は、U. Schmitz, Privat- und öffentlichrechtliche Abwehransprüche gegen Sportlärn, NVwZ 1991, S. 1131 以下。

(25) パピアーはこのようにして、Bプランがその効力として民法上の防衛請求権を排除できることと、一〇〇四条二項に基づく隣人の受忍義務という構成とを結び付ける。しかし、後者の構成は、パピアーの言うほど自明ではない。例えばクラインラインは、前者のBプランの効力については賛成しつつも、後者の構成を採用していない。クラインラインによれば、Bプランが隣人相互の關係においても所有権の内容・限界を規定しているがゆえに、土地所有者の私法上の権限は当初から「Bプランの地域立法の規定を通じて引かれた範囲内でのみ成立する」とされる。したがって、Bプランと合致して土地利用がなされている場合には、「九〇三条および一〇〇四条により把握された所有権に対する侵害」がそもそも存在しておらず、それゆえに「九〇六条の適用はもはや問題とならない」と構成されている（Kleinlein, aaO, 124）。つまり、Bプランが所有権の内容規定・限界規定としての性格を有することから直接に、一〇〇四条二項という構成を介することなく、九〇六条の不適用という結論を導くこともできる。

(26) Hagen, aaO, UPR 1985, S. 196f.; ders, aaO, NVwZ 1991, S. 820.

(27) 例えば、連邦通常裁判所一九七六年一月一日判決（BGHZ 67, 320）は、Bプランが実体法上果たしている作用とこれに対する統制の必要性について、以下のように述べている。「拘束力あるBプランは、所有権の実体法的な内容規定・限界規定である。Bプランを自己責任で策定する際には、市町村は、連邦建設法一条四項における法の指令にも、より高位の法、特に基本法にも、拘束されている。基本法一九条四項における出訴の途は、条例自治に対するかかる制約が遵守されることを保障している。裁判所による統制密度は、計画主体に対するこのような法的な拘束に対応していなければならない。また、所有権の存立を保護する実効的な権利保護というのは、基本法一条により保障される基本権「所有権」自体の本質的な要素であり、このことによっても裁判所による統制密度が共同決定される。計画上で、の指定が実際には、広く所有権配分的に作用していることに鑑みれば、裁判所による実効的な統制が必要である」（BGHZ 67, 320 (326c), 傍点筆者）。そして、以上の統制の必要性を前提として、結論的には以下のように判示された。このような統制に際しては、Bプラン策定の際に「負担の平等」——本件ではBプランで計画された袋小路の転回設備用地に関する近隣住人の負担が問題とされた——に配慮して衡量がなされたかどうかが重要である。かかる交通設備の開発に際しては、土地区画整理 Umlegung などの土地整理措置が「負担の平等」を図るのに有用である。それゆえ、交

通設備の敷設に対する自然条件的な障害が土地整理措置によって除去可能であり、かつ、土地整理措置を通じてしか負担の平等に適うことができない場合には、「市町村は、自らの計画をその種の土地整理の帰結に適合させなければならない」と。しかし、本件では、土地区画整理が負担を適切に分配できるにもかかわらず、Bプラン策定の際にかかる土地区画整理が衡量に含められておらず、適正な衡量の原則に違反している（したがって本件Bプランは無効である）、とした（BGHZ 67, 320 (327ff.)）。

このような連邦通常裁判所の理解は、連邦憲法裁判所の理解とも一致している。例えば、連邦憲法裁判所一九八五年五月一四日決定（BVerfGE 70, 35）は、法律に対する憲法訴訟が許容されるための要件に関連して、Bプランの性質にも言及している。憲法訴訟が許容されるためには、異議の対象とする法規範によって現時点でかつ直接に——したがってかかる法規範に対応するその後の執行行為によってではない——訴願人自身の基本権が侵害される可能性がなければならない。そこで、連邦憲法裁判所は、Bプランに関して以下のように述べた。「Bプランの効効によって直接に生ずる、土地の建築可能性の喪失、公共緑地や建築起業案のための徴用、自動車の進入可能性の制限、および、隣地における建築利用可能性の変更は、所有者の法的地位に対する直接的な影響力を持つ措置である。このような指定は、建築利用の種類と程度を個別具体的に決定している。その執行は：細部に至るまで確定されている。所有者の処分権限は、このような指定によって直接に制限される。Bプランは、計画地区内に存する土地に一定の法的地位を与えており、これについてはそれ以上の執行行為の介入を必要としない」（傍点筆者）、と（BVerfGE 70, 35 (53)）。

(28) 連邦建設法が一九七六年に改正された際、一般的にB Lプランの任務として「計画上の指定に従った建設の発展」が条文化され、Bプランの性格が積極的なものとして理解されるようになった（この点については下記3 (1) のパピアーの指摘を参照）。しかし、ハーゲンによれば、Bプランがこのような意味で強化されたとしても、相隣私法を覆いそれどころかこれを排斥してしまうほどの効力がかかる強化と結び付くといったような表明はなされていないし、そのような手がかりすら見られない、という。また、建設法典の制定の際にも、この問題が認識され議論されていたが、それにもかかわらず、立法者はこれに対応する法案の議論をしなかった（Hagen, aO., NVwZ 1991, S. 820）。

(29) Hagen, aO., UPR 1985, S. 198f.; ders. aO., NVwZ 1991, S. 820f. も「とも、前者の論文では「建設計画法の構造的弱点」という表現をしておらず、「衡量原則の射程」という形で問題を提起している。もっとも、指摘の内容自体は首尾一貫している。また「Marburger, aO., S. 105 も、基本的にハーゲンの認識に賛成している。

(30) 建設法典五条一項一文は、「Fプランにおいては、市町村の全域について、企図された都市建設上の発展から生ずる土地利用

の種類が、市町村の予測可能な諸要請に基づき大綱において表示されるものとする」と規定する。そして、Bプランは「都市建設上の秩序に関する法的拘束力ある指定を含む」ものである（同八条一項一文）と、原則として「Fプランから展開される」とされている（同八条二項一文）。

(31) さらに、以下の同様の指摘が見られる。「…Bプラン法において、イミッシオン防止は、また一般的に私益の保護は、諸利益の中の衡量されるべき「一つの」利益にすぎず、最も重要な利益では決してない」(Staudinger/H. Roth, Rn. 190; AK-BGB/Winter, § 906, Rn. 62)。

(32) 建築利用令二条以下によれば、一般住居地区、特別住居地区、村落地区、混合地区、都心地区、商工業地区では、一般的に許容されている。例外的に許容されるのは、小団地地区、専用住居地区、工業地区である。

(33) Hagen, a.o., UPR 1985, S. 197.

(34) 連邦イミッシオン防止法六条一項は、「許可は以下の場合に付与される。(一) 前条から生ずる義務および第七条に基づき公布される法規命令から生ずる義務が履行されることが保証されており、かつ、(二) 他の公法上の規定および労働者保護の利益が当該施設の建設および操業と矛盾していない場合」と定める。そして、同法五条には、要許可施設の事業者の義務が詳細に規定されており、同条一号によれば、「大衆および近隣に対して、有害な環境作用およびその他の危険、重大な不利益および重大な負荷が惹起されえない」ように施設が建設され操業されなければならない、とされている。

(35) したがって、ハーゲンによれば、潜在的に被害者となりうる者の保護が、住民参加という形で許可手続に「前倒しされている」ことになる。これに対して、Bプラン策定手続の際の住民参加は「連邦イミッシオン防止法一〇条以下の許可手続よりも基本的に弱く形成されている」と評価されており、それゆえ、仮にピアアーのようにBプランに私法形成効果を認めたならば、かかる(潜在的)被害者の法的地位を相当に悪化させることになろう、と危惧される(Hagen, a.o., NVwZ 1991, S. 821)。

筆者には以上のハーゲンの評価自体について検証する余裕がなく、ここではひとまずかかる評価に従っておく。しかし、Bプラン策定過程への住民参加制度の概要に関する紹介(田山輝明「第一部ドイツIII都市計画主体論」原田純孝はか編「現代の都市法」(東京大学出版会、一九九三年)八三頁以下、佐藤岩夫「ドイツにおける都市の「法化」と住民の自律——現代法化現象の一段面——」東社四五巻四号(一九九四年)一二五頁以下)、あるいは、この住民参加がいくつかの点で重要な機能とメリットを有しており、「住民と行政との法的コミュニケーション」の確保に奉仕しているとの指摘(佐藤・前掲論文二二七頁以下)に接する

とき、ハーゲンの上記評価が果たして妥当と言えるのかどうか、疑問なしとしない。

- (36) 管轄官庁は、上述の同法二四条に基づく個別命令を発するほか、後掲注(39)に挙げるように施設の建設または操業を禁止することできる(同法二五条)。

- (37) Papier, Rechtsgutachten, S. 115f.; ders. FS Weyreuther, S. 297f. したがって、ハーゲンの言うような「矛盾」が生じるというのであればそれは到底理解しえない」とする。

- (38) 以下については、Papier, Rechtsgutachten, S. 116f.; ders. FS Weyreuther, S. 298f.

- (39) 連邦イミッシオン防止法二五条二項は、「施設から生ずる有害な環境作用が人間の生活もしくは健康あるいは重要な有価物件を危殆する場合には、公衆もしくは近隣が他の方法では十分に保護されえない限りで、管轄官庁は当該施設の建設もしくは操業を全部もしくは一部禁止しなければならない」と規定する。なお、要許可施設については、このような「危険」を生じさせる可能性がある場合には、そもそも連邦イミッシオン防止法上の許可の適性がない(同法六条一項——前掲注(34) 参照)。

- (40) B Lプランにおいては、当該計画により引き起こされる諸問題进行处理するために必要な措置も、すべて当該B Lプランの中で定められなければならない(紛争処理原則)。この点については、本論第二節三注(66)も参照。

- (41) Vgl. Papier, Rechtsgutachten, S. 117, Fn. 45; ders. FS Weyreuther, S. 299, Fn. 19. したがって、隣地の負担が「期待可能性」の限界を越えている——つまり「期待不可能」と評価される——場合に初めて、このような負担を許容したBプランは無効とされる。反対に、このような「期待可能性」の限界を越えていない限り、つまり「重大性」という前段階にとどまっている限り、切迫した他の公益のために環境保護の利益を劣後させることも、計画上の衡量原則を通じて正当化されうる。

- (42) この点については、ゲンチュの以下の指摘が参考になる。それによると、連邦イミッシオン防止法は、数的に定められた絶対的な「期待可能性」限界を用意しているわけではない。むしろ、市町村が、B Lプラン策定過程の中で所与の状況と具体的な利益とを衡量して、状況関連的に、また状況変更的にも、当該作用の重大性を判断している。それゆえ、「計画判断が衡量原則の指令と合致している場合には、この計画判断がイミッシオン防止法上許容されないとはいえない」。以上のような意味で、連邦イミッシオン防止法は、重大性基準の適用にあたってB Lプランを前提としている。したがって、市町村による計画判断がなされた場合、「その計画地区における土地利用のイミッシオン防止法上の要保護性は、まさにこの計画によって決定される」、という(Gaentsch, aaO., UPR 1985, S. 208)。

ゲンチュの以上の理解は、連邦行政裁判所一九八二年八月六日決定 (BVerwG NVwZ 1983, S. 155) に依拠している。本決定では、外部地区に存する射撃施設 (連邦イミッシオン防止法上の要許可施設に該当) の新築・拡張工事について被告が同法上の許可を付与したが、これに対して、そこに隣接する住居地区の原告らは騒音等を理由に当該許可を争った。その際、原告らは、ある地区が保護に値するかどうか——つまり「要保護性」——を判断する際に基準とされるのはBプランの指定なのかそれとも現状の建築なのか、という問題を提起していた。

この点について、連邦行政裁判所はこう述べた。①まず、TA-Lärm (騒音防止のための技術指針 Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm) に定められたイミッシオン基準値は、図式的に適用されるべきではなく、「場合によっては、現実の諸事情を指向した当該地区の要保護性に準拠して、修正を加えられるべきである」。②その上で、「ある地区の要保護性とは、そこで計画法上許可されていることを基準として判定される。他方で、このことはさらに、計画の策定された地区においては、建築利用令の規定と連携したBプランの関連する指定に基づいて判断される」。したがって、連邦行政裁判所の理解によれば、Bプランの指定内容は、原則として当該地区における要保護性の判定の基準とされ、それを通じてTA-Lärmの基準値の設定に——最終的には当該イミッシオンが連邦イミッシオン防止法上重大と評価されるかどうかの判断に——反映されているのである。その意味では、計画法上での許容性がイミッシオン防止法上での許容性を包含していると言えよう。③もつとも、連邦行政裁判所は例外も認めている。「Bプランの指定が、そこからかけ離れている現状の建築を考慮すると、機能喪失ゆえに失効しているような場合だけは、連邦建設法三四条 (現行建設法典も同じ——計画未策定の内部地区における建設起業案の許容性に関する規定：筆者注) に基づき、現状の建築が起業案の許容性の基準とされる」。つまり、Bプランの指定内容と現状とが著しく乖離している場合は、Bプランの指定内容がイミッシオン防止法上の判断に反映されることはない、とされている。

(43) こうして見ると、パビアアの主張は、その結論としては納得できなくはないが、法規範上の根拠には乏しいように思われる。ハーゲンやパビアアのこのような主張では依然として自己の問題提起は除去されていない、と述べるところである (Hagen, aAO, UPR 1985, S. 197)。

(44) Hagen, aAO, NVwZ 1991, S. 821. 加えて、Bプランに対する法的統制が不十分であることも挙げられる。というのも、Bプランが公益と私益を適正に衡量しているかどうかは、もっぱら事前の視点から、しかも重大な欠陥がある場合にのみ審査されるにすぎないからである。また、衡量原則に対する裁判所のコントロールは限定されている (本論第二節三(2)(c)参照) ため、裁判所

としても、「隣人の私権が計画手続において徹底的に考慮され尽くされたこと」および「かかる衡量の結果が民法に合致していること」を完全に事後審査できるわけではなく (Staudinger/H. Roth, Rn. 190)。

(45) Hagen, aaO., UPR 1985, S. 197f.; ders. aaO., NVwZ 1991, S. 821f.

(46) さらに、被害者たる第三者の手続上の地位にも差異がある。すなわち、法的に保護された自己の利益を侵害された者は、自己に負担を課している計画確定決定に対しては、取消の訴えを起こせるだけではない。さらには、義務付け訴訟を通じて、計画確定決定の補充を主張し、自己の利益となるように防止施設その他の配置に関する負担 *Auflage* (行政行為の付款 *Nebenbestimmungen* の一つ——さしあたり人見剛「西ドイツにおける行政行為の付款論」兼子仁編『西ドイツの行政行為論』(成文堂、一九八七年)四三頁以下、七九頁以下参照)を付すことも請求できる。これに対して、Bプランにより侵害を受けた者は、規範統制訴訟を通じて、Bプランもしくはそこに含まれる指定の無効宣言を求めることができるにすぎないとされている。計画確定決定の場合とは異なり、Bプランの「修補」を訴求することはできないのである。

(47) Hagen, aaO., NVwZ 1991, S. 821f. シンクも同様の指摘を述べている (A. Schink, Bau- und immissionsschutzrechtliche Probleme beim Sportstättenbau in Wohngebieten, DVBl. 1992, S. 524)。また「既に述べたように、事前の住民参加についても同様の評価が当てはまる。すなわち、連邦イミッシオン防止法上の要許可施設の許可手続と比べて、BLプラン策定手続における住民参加は基本的に弱いと評価される。それゆえに、Bプランに私法形成効という強い効力を認めることは、イミッシオンによる被害者の法的地位を相当に悪化させることになるのではないか (Hagen, aaO., NVwZ 1991, S. 821)」という (前掲注 (35) 参照)。

(48) Papier, Rechtsgutachten, S. 118; ders., FS Weyreuther, S. 300. もっとも「ペーパー (後述のクラインライン)」も、連邦イミッシオン防止法に関するハーゲンの指摘に対しては格別反論していない。

(49) Kleinlein, aaO., S. 128f. その背後の基本的な態度はこうである。Bプラン策定時においても計画確定決定時においても同様に計画衡量が行われていることからすれば、この両者は原則として一致して解釈されるべきである。その際、一方では隣人の私権に影響が及ばず、他方ではこの私権が排除されるというのでは、「評価矛盾」として正当化されない。したがって、Bプランについては私法形成効を明確に指示する規定が用意されていないが、それにもかかわらず、計画確定決定と同様に私法形成効が認められるべきである」と (Kleinlein, aaO., S. 127f.)。

また、これとは異なる観点からの反論として、バイネの指摘が挙げられる。バイネは、計画確定決定と九〇六条とはイミッシン・オーン防止の「質」が異なっていることを根拠とする。計画確定決定では、近隣の住人は「重大な負荷」であればこれを受忍する必要がある。他方、九〇六条では、場所的慣行性要件があるため、隣人は比較対象とされる地区次第では一層強力な侵害をも受忍しなければならぬ。このような意味でイミッシン・オーン防止の「質」が異なっている。そうであれば、計画確定決定により妨害排除・不作為請求権が排斥される際に上述の隣人保護手段——防止措置もしくは補償——が用意されているとしても、これが民法上の防御請求権の排除される条件と必然的に関連するわけではない。それゆえ、Bプランにおいて防止措置もしくは補償の可能性が用意されていないからといって、そのことが民法上の防御請求権を排除すべきでないという理由にはならない、とする (Peine, aaO, S. 175f.)。

(50) このような理解が連邦行政裁判所の判例であるという (Vgl. Kleinlein, aaO, S. 129, Fn. 96)。

(51) 鈴木・前掲注(2)二三〇頁も、民法上の防御請求権の排除を検討するに際しては、「その前提となっている許可や地区詳細計画への関与や、制度的にいかなる権利保護の手段が存在するのかという実質的観点」が重要である、と指摘している。本稿の検討からすれば、これらの観点は対立点の一番目および三番目に見出されるだろう。

(52) 連邦国土整備・建設・都市建設大臣(当時)により指名された研究グループ「建設相隣法Bauliches Nachbarrecht」が、諸学説を参照しつつ審議を行い、学説においてこのような傾向が多数を占めていることを報告している (Bauliches Nachbarrecht, aaO, S. 16f.)。本稿の検討も、この報告から大きな示唆を得ている。

(53) クラインラインの見解がこれに該当しよう。というのも、バビアーらが「計画指定の具体化」という手法を通じてBプランの私法形成効果を一定程度に限定しようとしている(下記(2)参照)のに対して、クラインラインは依然としてBプランの効力を徹底的に維持しようとするからである (Kleinlein, aaO, S. 129ff.)。

(54) 研究グループ「建設相隣法」の審議でも、「有効なBプランにおける地区指定や施設に関する決定が一般的にもはや実現されないような事態を、民法上の防御請求権が生じさせてはならない」という見方が「広く圧倒的な意見」とされており (Bauliches Nachbarrecht, aaO, S. 16) 学説の多くに共有されていることが窺える。

(55) Papier, Rechtsgutachten, S. 109f.; ders, aaO, UPR 1985, S. 78; ders, FS Weyreuther, S. 295f.; Bauliches Nachbarrecht, aaO, S. 16.

(56) 計画の性格とその変遷については、広渡清吾「第一部 I 総論——都市法の論理と歴史的発展」原田純孝ほか編「現代の都市法」(東京大学出版会、一九九三年)四五頁、同「第一部ドイツ II 都市計画と土地所有権」同前掲書六五頁以下に詳しい紹介がある。ドイツにおける一般的な説明によれば、B-Lプランは、発展および秩序付けの任務を実現するにあたって以下のような性格の計画を用いているという。すなわち、①新たな建築地区を準備するなど、「土地利用のために一定の提供物 Angebot を創設すること」(「提供計画」)、②「予測される都市建設上の発展を法的に保護しかつ枠にはめること」(「受け入れ計画」)、③土地所有権の状況拘束性から生ずるところの建築自由の制限を計画上で現実化・具体化するなど、「都市の自律的な発展を制限すること」、④「土地利用を、地域公共団体の発展に関する目標概念と調和した方向へ空間的実体的に導くこと」(「発展計画」)、である (M. Krautzberger, in: Batts/Krautzberger/Löhr, BauGB, 6. Aufl. (1998), §1, Rn. 10)。

(57) バピアーは、一九七六年建設法改正に関する政府草案の理由書を引用する (Papier, Rechtsgutachten, S. 109)。「都市(市町村)の発展の本質的な構成部分たる都市建設の諸任務は、主として発展の任務に存在している。都市建設の計画は、実務において強烈な変遷を経験してきた。すなわち、都市建設の計画は、もっぱら都市建設上の発展計画としてのみ、都市(市町村)の発展から生じる諸任務を全うすることができぬ」(BT-Drucks. 7/2496, S. 28)。

(58) 本文の記述を補充しておく (Papier, Rechtsgutachten, S. 113ff.)。①Bプランの効力が民事裁判所の判例によって削減・相対化されることは、市町村のBプランの実現が阻害され、それによって市町村の計画意思が妨害されることになる。しかし、このようにしてBプランの実現を阻止したりBプランに表現された市町村の計画意思に反するような、他の高権者(ここでは民事裁判所)による法的・事実的な措置に対しては、市町村は計画高権を有するがゆえに、憲法上保障された自治権を援用して防御することができる。②市町村は、計画高権を媒介として「計画裁量」ないし「計画による形成の自由」を有している。それゆえに、市町村による紛争処理、市町村による重要度の判定と評価、とりわけ市町村による優先順位の決定および関連利益の優先・劣後の判断には、当然に優先性が与えられているはずである。このような市町村の計画裁量は尊重されねばならず、その結果として、行政裁判所による裁量の統制も、本来的な内容コントロールではなく「限界のコントロール」に限定されている(以上については本論第二節3.2(2)(c)も参照)。このことは、民事裁判官にも当てはまるべきである。民事裁判所が民法上の相隣紛争においてBプランを無視できるのであれば、市町村の裁量判断と自治行政による国土形成とを裁判上で拒否できる結果となってしまう、いわば計画裁量の限界を越えたところでの裁判所による計画コントロール・計画拒絶となるからである。したがって、民事裁判官は、市

町村による紛争処理、つまり空間の秩序と発展に関する市町村の判断を原則として受け入れて、自らの判断の際にこれを基礎としなければならない。

(55) Gaentzsch, aaO, UPR 1985, S. 210; ders, aaO, NVwZ 1986, S. 602.

(56) したがって「シュミッツは、Bプランがその統制・発展の任務を果たすためには、少なくとも移行期間において」「これらで現実に行われていた利用から離れること」が隣人によっても受忍されなければならない」と主張する (Schmitz, aaO, S. 1132)。このような理解に立てば、計画の実現は「適法に」行われることになる。

(57) ゲンチュによれば、市町村が、現在のところ混合利用されている地区を、再開発の枠内で商工業地区(建築利用令八条)に計画変更する場合、あるいは、住居地区の近隣にスポーツ施設の建設を計画する場合も、住宅が既に(九〇六条の意味における)場所的慣行性を形成しているがゆえに、本文で述べると同様の事態が起こりうるといふ (Gaentzsch, aaO, NVwZ 1986, S. 602)。

(58) 研究グループ「建設相隣法」も同様の認識を示す。「計画法上で許容された、例えば一般住居地区から混合地区への計画地区のゾーニングの変更を、九〇六条および一〇〇四条によって妨げることはできない」。もしこれを保障しなければ、初期に確立された商工業は常に防御を成功できることになり、Bプランの執行が長期にわたって妨げられてしまうであろう」(Bauliches Nachbarrecht, aaO, S. 16)。

(59) バビアーとゲンチュ以外に、例えば Peine, aaO, S. 172; Johlen, aaO, S. 136; Schmitz, aaO, S. 1132; Priauf, aaO, S. 718; Trzaskalik, aaO, S. 72 などがある。ただし、かかる問題意識が共有されているものの、解釈の具体的な構成となると Bプランに私法形成効が認められる(それゆえ Bプランから直接に隣人の受忍義務が生ずる)と説く見解もあれば、Bプランの指定が九〇六条二項の場所的慣行性を規範的に形成する(それゆえ九〇六条のその他の要件を満たす限りで隣人の受忍義務が導かれる)と説く見解もある。本稿でも既に、前者を「判例の考えを批判する第一のアプローチ」、後者を「判例の考えを批判する第二のアプローチ」として紹介した(上記 1(2)(a)参照)。

(60) 以下に「c. 1」 Hagen, aaO, UPR 1985, S. 200; ders, aaO, NVwZ 1991, S. 822f.; ders, aaO, UTR 21 (1993), S. 61f.; Erman/Hagen, Rn. 21.

(61) マールブルガーもハーゲンと同様の認識を示している (Marburger, aaO, S. 105)。また、テニスコート判決(II判決⑩)では本文に述べたような事態がまさに起きたのであるが、これに対しては以下のような理解が示された。すなわち、本判決の基礎と

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(三)(秋山)

なっていたBプランは、建設計画法上の基準からしても衡量原則違反ゆえに無効であると評価されるべきものであり、その意味では極めて例外的な事例であった、と(上記二1(2)(d)参照)。

- (66) 民法学の陣営からは、さらに同旨の問題意識が述べられている。「連邦通常裁判所の解釈によれば、公法上適法な利用が私法によって再度放棄されうることになってしまふ。私法と公法は相互に対立して作用することにならう。このようなことは避けなければならぬ」(M. Wolf, Sachenrecht, 14 Aufl. (1997), S. 164f.)。「性格上たいていは現状に依拠することにならう(相隣法上の防御請求権によって、産業および技術の進歩が必要もなしに妨げられてはならぬ...)」(H. P. Westermann, in: H. P. Westermann/K.-H. Gursky/D. Eickmann, Westermann Sachenrecht, 74 Aufl. (1998), S. 502)。⁶⁷⁾ また、研究グループ「建設相隣法」の指摘(前掲注(54))も参照。

- (67) ハーゲンの指摘(前掲注(64)参照)の他、MünchKomm/Säcker, Rn. 22ff. もかかる調和を強調している。さらに、連邦通常裁判所の最近の判決からも、「相隣的なイミッシオン防止に関して、民法上の判断基準と公法上の判断基準とを調和させ、それぞれ異なる帰結を回避する」傾向を読み取ることができる。このような傾向は、別の視点から見れば、相隣私法を扱う連邦通常裁判所の判例と相隣公法を扱う連邦行政裁判所の判例との調和、という面からも捉え直すことができる(Hagen, aaO, ZfBR 1995, S. 61ff., 65; ders, Sport und Umwelt, S. 1ff.)。なお、本稿でも、かかる傾向に関して、「評価的な観点の導入」という側面から若干の判決を紹介した。そこでは、両裁判所は、相隣公法と相隣私法それぞれに規定された根本的な基準——特に「重大性」と「本質性」——について、これらを異なって解釈する根拠はないとして、実体に反するような分裂を回避するためできる限り一致した判断基準を作り出そうとしている(本論第二節二5(3)(d)②におけるハーゲンの見解とそこで紹介した諸判決を参照)。

- (68) Jöhlen, aaO, S. 135; 同様の指摘として、Breuer, Bodennutzung, S. 271; ders, aaO, DVBl. 1983, S. 438.

- (69) 後述のように(下記③)、例えばドルデラーは、自己の見解の出発点として、「建設公法...と相隣私法(とりわけ一〇〇四条および九〇六条に基づく防御権)との最適化された調和」を目標とし(Dolderer, aaO, S. 19)「ビルクは、もっぱら調和の観点だけに言及して自己の主張を展開する」(Brick, aaO, S. 696f.)。パピアーも、論文の冒頭で、「実務は、建設相隣法における二つの領域の調和的な協力が問題となる際に、依然として苦戦している」と述べて、両者の調和が達成されていないことを問題状況として指摘している(Papier, FS Weyreuther, S. 291)。

- (70) ここで紹介するパピアーの見解は、Papier, Rechtsgutachten, S. 118f.; ders, aaO, UPR 1985, S. 78; ders, FS Weyreuther, S.

296f. をまとめたものである。また、Bプランに私法形成効を認めつつ同様の認識を示すものとして、Pikart, Rechtsgutachten, S. 29f. (ただしパピアーほど明確ではない) ; Lang, aaO, S. 191 ; Gaentzsch, aaO, UPR 1985, S. 207 ; Schmitz, aaO, S. 1132.

(71) この場合には、市町村が計画による形成の自由を「実りあるもの」としている以上、行政裁判所はもちろん（その審査が限定されていることについて本論第二節三(2)(c)参照）、民事裁判所も、この点について限定的なコントロールしか行うことができない。確かに、民事裁判官は、直接的には私法上の相隣紛争について判断を下すのではあるが、付随的には、当該Bプランの有効性やそのBプランによる紛争処理の正当性についても審査することができる（またそうしなければならない）。しかし、だからといって、計画主体たる市町村が本文で述べたような方法で相隣空間の紛争について創造的な計画判断を行っている場合に、民事裁判官がこれを無造作に無視して良いことにはならない、というのである（Papier, FS Weyreuther, S. 297）。したがって、以上の限りで民事裁判所の介入が排斥され、その反面として、Bプランの指定が直接に民法上の請求権の成否——通常であれば民法上の請求権の排除——を決定付けることになろう。なお、この点については、前掲注（58）のパピアーの指摘も参照。

(72) このことは、Bプランに私法形成効を認めようとする論者において当然の前提とされているようである（Gaentzsch, aaO, UPR 1985, S. 209 ; Kleinle, aaO, S. 125）。

(73) Papier, Rechtsgutachten, S. 119 ; ders, aaO, UPR 1985, S. 78 ; ders, FS Weyreuther, S. 297. また、一般的に考えてみても、通常の場合であれば、民法上の請求権は侵害の本質的な部分を除去することに向けられている。そして、あらゆる可能性（侵害を時間的に限定すること、騒音防止設備を設置することなど）が機能しない場合に、最後の手段として、施設の操業の停止や施設の排除が要求されるであろう。それゆえ、Bプランが民法上の防御請求権を排除するといった事態は、極めてまれであろう（Bauliches Nachbarrecht, aaO, S. 16）。

(74) この表現は、Bauliches Nachbarrecht, aaO, S. 152449。

(75) 建築利用令一五条の概要について、W. Brohm, Öffentliches Baurecht (1997), S. 308ff.; ヴィンフリート・ブローム＝大橋洋一『都市計画法の比較研究——日独比較を中心として』（日本評論社、一九九五年）一八六頁を参照（他の文献は本文所定の箇所に掲げる）。建築利用令一五条一項は以下のように規定する。「二条乃至一四条に挙げられた建築その他の施設は、それが数、状況、範囲もしくは用途からして、建築地区の特性と矛盾する場合には、個別事例において許容されないものとする。建築地区自体もしくはその近隣において、建築地区の特性に照らして期待不可能な負荷もしくは侵害がこのような施設から

生じうる場合、あるいは、このような施設がかかる負荷もしくは侵害にさらされる場合も、このような施設は許容されないものとする。なお、ここで言う「二条乃至一四条」は、それぞれの建築地区で許容される建築物の種類や建築の程度などを定めた規定である（上記一・一における概観を参照）。

- (76) その他の類型は以下の通りである（Brohm, aaO, S. 309ff.）。第一に、Bプランに適合している建設起業案であっても、それが「数・状況・程度・用途」に関して建築地区の特性に反する場合」には、個別事例において不許可とされる（建築利用令一五条一項一文）。例えば、混合地区において小売業は原則として許容されている。しかし、当該の小売業をさらに許可することが、既に許容された事業に鑑みて居住と商工業との数的な混合関係を害することになる場合には、当該小売業は「数」および「程度」に関して混合地区の特性に反するとされる（BVerwGE 79, 309）。第二に、建設起業案が「建築地区の特性に照らして期待不可能な負荷もしくは侵害にさらされる場合」も、不許可とされる（同二文）。例えば、建設法上許容される学生寮が既存の大規模な家具製造所の横に建設される場合、学生寮に対して見込まれる騒音負荷が考慮され、学生寮の建設は不許可とされる（VGH BW, Baur 1992, S. 45）。

- (77) Breuer, Bodennutzung, S. 271; ders, aaO, DVBl. 1983, S. 438; Friauf, aaO, S. 718ff. なお、ブローイアーの指摘（特に建設公法（建設計画法）が相邻私法との関係でどのように「指導的役割」を果たしているのか）については、BGB 90六条の限界を考察する際に簡単ながら上述した（本論第二節三・二（b）参照）。

- (78) Jöhlen, aaO, S. 135ff.

- (79) 以下については、Birk, aaO, S. 695, 697. また、アブローチこそ異なるものの、ゲンチュの指摘の中にもビルクの見解に通じる内容が時折見られる（Gaentzsch, aaO, UPR 1985, S. 205ff.）。

- (80) とりわけ、Bプランの中で通常の建築地区の指定しかなされていない場合に、このことが当てはまる。というのも、かかる指定においては、当該地区における全ての土地についてその地区に定型的な施設が一般的・理論的に許容される、といった形での概括的な処理しかなされていないからである。したがって、具体的な紛争処理は建設許可手続に留保されているのである（Birk, aaO, S. 697; Gaentzsch, aaO, UPR 1985, S. 207）。

- (81) 建築利用令一五条一項に建設法上の配慮命令が表現されていることについて、Brohm, aaO, S. 295ff.; 塩入みほも「ドイツ建築法における隣人の公権（下）——保護規範説、基本権援用論、隣人配慮要請の適用関係について」自研七五巻七号（一九九九

年) 九九頁以下。

(82) 以下で紹介するハーゲンの見解は、Hagen, aaO, UPR 1985, S. 199f.; ders, aaO, NVwZ 1991, S. 823; ders, Sport und Umwelt, S. 9ff.; ders, aaO, UTR 21 (1993), S. 62f.; ders, aaO, ZfBR 1995, S. 64; Erman/Hagen, Rn. 21 を参照する。また、ハーゲンと同じく民法側の論者においでも、しばしば基本的に同趣旨の認識が示されている (Marburger, aaO, S. 105 f.; MünchKommBStG, Rn. 18ff.; H. P. Westermann, aaO, S. 503; Wolf, aaO, S. 164f.)。

(83) このような問題意識については、上記(1)で紹介したハーゲンの指摘に加えて、本論第二節三(3)の記述および同注(121)の諸文献も参照。

(84) 当初の論文では、ハーゲンは、建設計画法と相邻私法とが調和されるべきこと、そのために九〇六条の場所的慣行性概念が建設計画法をも手がかりとして規範的に解釈されるべきこと、以上の基本的な態度を示すだけであった (Hagen, aaO, UPR 1985, S. 199f.)。しかし、その後、ビルクの見解を受け入れることを明言した (Hagen, aaO, NVwZ 1991, S. 823, Fn. 88; ders, Sport und Umwelt, S. 10; ders, aaO, ZfBR 1995, S. 64; Erman/Hagen, Rn. 21)。

(85) この表現は、Hagen, aaO, UPR 1985, S. 199; ders, aaO, ZfBR 1995, S. 64; ders, aaO, NVwZ 1991, S. 823 によつて、かかる「非常ブレーキ」としての機能ゆえに、ハーゲンによれば、「現実の諸作用に目を向けた相邻私法上の権利保護は、被害者にとっては、専門的な審議により保証される極めて良質に準備された予測よりも、より信頼しうる防護盾である」と評価される。まして、ごみ処理場や汚水処理場などが事前の予測に反してしばしば事後に悪臭を発しているだけに、計画官庁が誤りを犯したと言ってみても被害者にとっては何ら慰めにならない、と云う (ders, aaO, UPR 1985, S. 199)。

(86) ゲンチュは、基本的にパピアーと同陣営——Bプランの指定が隣人の受忍義務を根拠付けるとする見解——に立ちながらも、この点に関してはハーゲンの見解と共通している。すなわち、「騒音負荷が全く衡量の対象となっていない場合」あるいは「衡量の基礎とされた予測が現実には遵守されえない場合」には、事後的な手段、すなわち民法上の防御請求権もイミッシオン防止法上の(管轄官庁による)事後命令も排除されない、とする (Gaentzsch, aaO, UPR 1985, S. 209)。

(87) このようなハーゲンの見解は、彼の地位に目を向けるとごく自然のことのようにも思われる。というのも、ハーゲンは、一九七五年以来、連邦通常裁判所第五民事部の裁判官を務めており、しかも一九八八年からは第五民事部の裁判長に就任しているからである。一般的にも、ハーゲンの考えがその後の連邦通常裁判所の判決に大きな影響を及ぼしてきた、と評されているところであ

る(以上については、Bundesgerichtshof Pressemitteilung Nr. 7 vom 29. 01. 1999 に負うところが大きい)。なお、近時の連邦通常裁判所の判決が、ハーゲンの見解、なかならず相隣私法と相隣公法との調和および場所的慣行性概念の継続形成を強く意識していることについては、後に考察する(下記4)(b)。

(88) 以下については、Dolderer, aaO., S. 23ff.

(89) この点について、ドルデラーは以下のように述べる。「精密な制御の留保」が建設許可手続に用意されているとはいっても、これが「必ずしもBプラン修正的に作用しているわけではないし、通常はそのように機能しないであらう」と考えられる。そうだとすれば、結論的には、拘束力あるBプランによって直接に民法上の防御権が制御されることになる、と。結局、ドルデラー自身は「私法形成効」という表現を用いていないが、実質的にはこれを認めると同一の結論(「公法的事実上の優先」と表現している)である(Dolderer, aaO., S. 24, 26)。

(90) この方向性の代表的な論者たるバビアーは、あくまで防御請求権との関係を念頭に置いているためか、特段の指摘をしていない。しかし、一般的に見れば、私法形成効とは「計画の差止、施設の除去・変更、または利用の差止を求める請求権」を排除するものであつて(行政手続法七五条二項一文参照)、補償請求権までも排除するものではないと解されている(本論第一節三参照)。それゆえ、依然として補償請求権の可能性は残されていると考えられよう。

これに対して、クラインラインとゲンチュは、Bプランに合致した利用に対しては九〇六条二文に基づく補償請求権も行使できない旨を明言している。①クラインラインは、その理由として、(ア)「隣人に対する侵害が期待可能な程度を越える」場合にはそもそもBプランの中で処理がなされるべきところ、補償を認めてしまうと、計画の帰結を補足的に補正する余地が全くなくなってしまうこと、(イ)権利者としては、計画に適合した利用を行っていても隣人の補償請求権を受けることにより、その利用があまりにも高価なものとなってしまうため、その利用を躊躇せざるをえず、計画の実現が再び阻害されることにもなりかねないこと、を掲げる(Kleinlein, aaO., S. 126f.)。②他方、ゲンチュは、補償請求権が重複することを懸念する。一例として、Bプランが当該地区において新たな種類の利用の可能性を認めたため、従来の場所的慣行の土地利用をしてきた隣人が侵害を被った、という場面が想定される。ゲンチュによれば、かかる場面において、この新たな利用が隣人の土地の適法な利用を変更させ、それによって非本質的にすぎない地価の低下をもたらした場合には、隣人は連邦建設法四四条(現行建設法典四二条)に基づいて(収用法上の)補償を請求できる。ここで仮に九〇六条二文に基づく補償請求権をも認めてしまったならば、補償請求権の重複が起こる

ことになってしまふ、という (Gaentzsch, aAO, NVwZ 1986, S. 603f.)。

しかし、以下の理由により、これらの指摘に直ちに同調することは難しいように思われる。クラインラインの見解については、その基本的な立場——判例の考えを批判する第一のアプローチ——が他の論者によって引用されることはあるものの、その具体的な論拠や結論についてはそれほど支持されていないのが現状である (Bauliches Nachbarrecht, aAO, S. 15ff. における学説の整理からこのことが窺える)。ゲンチュの指摘に対しては、建設法典四二条の補償規定の対象となるのはBプランの指定に(直接)関わっている土地であって隣地ではない、との反論が向けられており、これが一般的な理解とされている。したがって、隣地所有者に建設法典に基づき補償請求権が生じることはなく、ゲンチュの言うような補償規定の交錯は通常起こりえない (Bauliches Nachbarrecht, aAO, S. 16. ただし、Bプランが計画の中で隣地をも考慮に入れて紛争解決を行わなければならないと要請される場合には、隣地も建設法典四二条の適用範囲に含まれることになり、ゲンチュの言うような問題が計画法上著しく激化する、という)。

(91) Hagen, aAO, UPR 1985, S. 200; ders, aAO, NVwZ 1991, S. 822; Breuer, aAO, DVBl. 1983, S. 439 以下。

(92) Bauliches Nachbarrecht, aAO, S. 16 において多数意見とされている。

(付記) 本稿は、一九九七年・一九九八年度早稲田大学特定課題研究助成費(九七A—五一〇、九八A—〇二九)による研究成果の一部である。